

UNIVERSITÉ DE CAEN — FACULTÉ DE DROIT

DU VOISINAGE

ET PLUS SPÉCIALEMENT

Des restrictions qu'il apporte au droit
de propriété dans l'intérêt privé

THÈSE POUR LE DOCTORAT (Sciences Juridiques)

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA SALLE DES ACTES DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le 26 Novembre 1908, à 4 heures de l'après-midi

PAR

HENRI LEROY

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

JURY
D'EXAMEN

} MM. GUILLOUARD, *professeur*, PRÉSIDENT DE LA THÈSE;
LEBRET, *professeur*;
DEBRAY, *professeur*.

CAEN

HENRI DELESQUES, IMPRIMEUR-ÉDITEUR

34, RUE DEMOLOMBE, 34

1908



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DU VOISINAGE

ET PLUS SPÉCIALEMENT

Des restrictions qu'il apporte au droit
de propriété dans l'intérêt privé

THÈSE POUR LE DOCTORAT (Sciences Juridiques)

SOUTENUE PUBLIQUEMENT

DANS LA SALLE DES ACTES DE LA FACULTÉ DE DROIT

Le 26 Novembre 1908, à 4 heures de l'après-midi

PAR

HENRI LEROY

LAURÉAT DE LA FACULTÉ.

AVOCAT A LA COUR D'APPEL.

JURY
D'EXAMEN

MM. GUILLOUARD, *professeur*, PRÉSIDENT DE LA THÈSE ;
LEBRET, *professeur* ;
DEBRAY, *professeur*.

CAEN

HENRI DELESQUES, IMPRIMEUR-ÉDITEUR

34, RUE DEMOLOMBE, 34

1908

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

Année scolaire 1908-1909

DOYEN :

M. Edmond VILLEY (*, I. ☞), membre de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS :

MM. DANJON (I. ☞), professeur de *Droit commercial*, chargé du cours de *Droit maritime*.

Edmond VILLEY (*, I. ☞), professeur d'*Économie politique*.

GUILLOUARD (*, I. ☞, C. ✕, G. O. ✕, C. I. C. ✕, O. ✕, L. ✕), professeur de *Droit civil*, correspondant de l'Institut.

LEBRET (I. ☞), (ancien Ministre de la Justice), professeur de *Droit civil*, chargé du cours de *Notariat et Enregistrement*.

CABOUAT (I. ☞), professeur de *Droit international public et privé*, chargé du cours de *Législation industrielle*.

MM. BIVILLE (I. ☿), professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours d'*Éléments de Droit civil*.

DEBRAY (A. ☿), assesseur du Doyen, professeur de *Droit romain*, et chargé d'un cours d'*Histoire du Droit français*.

LE FUR (A. ☿), professeur de *Droit administratif* et chargé du cours d'*Éléments du Droit constitutionnel*.

ASTOUL (A. ☿), professeur de *Droit romain* et chargé des cours de *Pandectes* et d'*Histoire du Droit public français*.

DEGOIS (A. ☿), professeur de *Droit criminel* et chargé du cours de *Droit civil approfondi et comparé*.

GÉNESTAL (A. ☿), professeur d'*Histoire du Droit français* et chargé du cours de la *Coutume de Normandie*.

ALLIX (A. ☿), professeur d'*Économie politique* et d'*Histoire des doctrines économiques* et chargé du cours de *Législation financière*.

N..., chargé des cours de *Droit constitutionnel comparé*, de *Droit public*, de *Droit administratif* et d'*Éléments de Droit public et administratif* (capacité).

N..., chargé d'un cours de *Droit civil*.

SECRÉTAIRE :

M. GALLOU (I. ☿), secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

Dans toute société civilisée, il ne saurait exister de droit parfaitement absolu, car celui qui serait souverain maître de ses biens comme de sa personne serait un véritable tyran. On est bien obligé d'admettre que l'exercice des droits de chacun a pour bornes celles qui assurent aux autres la jouissance de ces mêmes droits : en un mot, chaque homme est limité dans ses droits par le droit semblable qui appartient à autrui (1).

Dès lors, si l'on considère le droit de propriété comme un droit absolu, il faut forcément apporter des restrictions à cet absolutisme. C'est ce qu'a fait le législateur du Code civil dans l'art. 544. Après avoir proclamé que « la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue », il ajoute immédiatement : « pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

Comme toute chose humaine, en effet, la propriété

(1) Voyez l'art. iv de la *Déclaration des droits de l'homme* et le discours prononcé au Corps législatif par le tribun Gillet (Fenet : *Recueil des travaux préparatoires du Code civil* xi p. 331).

individuelle emporte avec elle des imperfections dans le régime de son organisation. « Il faut se résigner à certaines déperditions qu'elle entraîne avec elle » (1).

Les restrictions au droit de propriété, en ce qui concerne le *droit de disposition*, sont nombreuses ; les unes sont édictées dans un but fiscal, pour procurer des ressources à l'État, les autres le sont dans l'intérêt des particuliers, telles sont, par exemple, l'institution du conseil judiciaire ou de la quotité disponible.

Mais, nous ne nous placerons pas à ce point de vue. Seule, la *jouissance du droit de propriété* doit nous intéresser au cours de cette étude. Nous ne nous demanderons pas quels obstacles voit se dresser devant lui le propriétaire qui veut aliéner l'objet de sa propriété, nous rechercherons simplement quels sont les actes de jouissance que le propriétaire peut faire sur sa chose, quels sont ceux dont il doit s'abstenir.

Nous ne parlerons également que de la propriété foncière. Ce n'est pas que la question ne puisse naître pour les meubles, mais, pour ceux-ci, elle ne se pose qu'accidentellement. Pour les immeubles, au contraire, elle ne peut pas ne pas se poser. Tout immeuble occupe, en effet, dans l'espace, une situation spéciale, qui ne peut être modifiée. Il y a, entre deux immeubles, un contact forcé et permanent. A moins de vivre comme Robinson, isolé

(1) Bathie : Révision du Code Napoléon. *Correspondant* 1866 p. 78.

dans une île déserte, dès que l'on devient propriétaire foncier, on trouve nécessairement à côté de soi d'autres propriétaires.

Or, conçoit-on ce qui se passerait si l'exercice du droit de propriété était absolu? S'il en était ainsi, chacun pourrait, sur son fonds, se livrer à toutes ses fantaisies, sans se préoccuper de savoir s'il cause ou non, en agissant ainsi, un préjudice à son voisin. Mais ce dernier, à son tour, pourrait, sans sortir de chez lui, lui occasionner d'autres désagréments : la vie de tous les instants serait intolérable.

Pour déterminer les actes qu'un propriétaire peut accomplir sur son terrain, il faut donc tenir compte de l'encastrement de son immeuble au milieu des immeubles voisins.

Un auteur allemand, Spagemberg (1), a essayé de soutenir que l'on devait considérer chaque fonds comme isolé dans l'espace. Il en conclut que chaque propriétaire est souverain, pourvu qu'il ne dépasse pas les limites naturelles de son fonds; que, dès qu'il n'y a pas empiètement matériel, il est tenu de subir toutes les conséquences des actes de ses voisins.

Ce système, réfuté d'ailleurs par Jhering, ne peut résister à l'examen. Il est impossible que le voisin ne dépasse pas les limites naturelles de son fonds. Peut-il notamment empêcher les feuilles sèches d'être emportées par le vent; peut-il retenir la fumée qui sort de ses cheminées?

(1) Voy. Jhering: *Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins. Œuvres choisies* (traduction de Meulenaere) II n° 11 p. 127.

D'ailleurs ce système ne protège pas la propriété individuelle qu'il est pourtant destiné à sauvegarder contre les attaques des autres propriétaires. Il permettrait au voisin d'établir chez lui un établissement industriel, d'ébranler le sol par la trépidation des machines, de rendre tout séjour impossible sur les terrains limitrophes par l'émanation d'odeurs délétères.

Il n'est pas possible que chacun reste strictement sur son fonds, comme le dit fort bien M. Ripert (1). « Il y a un équilibre naturel existant entre les fonds : chaque acte que fait un propriétaire tend à rompre cet équilibre et l'on ne peut pourtant pas interdire tous ces actes : ce serait la négation même du droit de propriété ».

Puisque le droit de propriété de chacun est ainsi exposé à se heurter d'une façon permanente à celui de l'autre, il fallait de toute nécessité que la loi intervienne pour le réglementer en limitant son exercice.

Le législateur a donc dû imposer des restrictions au droit de propriété. Il l'a fait à la fois dans un intérêt public et dans un intérêt privé.

Dans l'intérêt général, il a créé ce qu'on appelle communément les servitudes d'utilité publique (art. 650 C. civ.) (2). Ainsi, par exemple, le propriétaire riverain d'une voie ferrée ne peut déposer des matières inflammables qu'à une certaine distance

(1) Ripert : *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*. Thèse Aix 1902 p. 10.

(2) Voyez une énumération de ces servitudes dans le répertoire de Fuzier-Herman v° *Servitudes* n° 606 et suiv.

de cette voie (1); celui qui est voisin d'une place de guerre ne peut construire dans une certaine zone déterminée aux alentours (2); le propriétaire d'une source ne peut en user de manière à enlever aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire (3). Citons encore l'art. 12 de la loi du 15 juin 1906 aux termes duquel le concessionnaire d'une distribution d'énergie électrique est autorisé à établir sur les maisons des particuliers des fils électriques; il peut même les faire passer sous leurs propriétés; il est enfin autorisé à couper les branches des arbres qui préjudicieraient à ses conducteurs.

Nous laisserons de côté toutes ces règles dont l'étude appartient plutôt au droit administratif.

D'autres restrictions sont imposées au contraire par la nécessité de concilier les droits des propriétaires voisins. Or ces droits, étant égaux, ne manqueraient pas à chaque instant d'entrer en conflit si ces règles n'existaient pas. C'est donc bien l'intérêt privé qui est ici directement visé.

Néanmoins, il ne faudrait pas faire une distinction radicale entre l'intérêt public et l'intérêt privé. Tout ce qui favorise le second favorise en même temps le premier; car le bon aménagement de la propriété est conforme à l'intérêt de la société tout entière. Mais on peut dire que sont d'intérêt public les restrictions établies en faveur de la collectivité

(1) Loi du 15 juillet 1845 (art. 5 à 10).

(2) Lois des 7 avril, 10 juillet 1851 et 22 juin 1854. Décret des 10 et 16 août 1853.

(3) Art. 642 § 3 C. civ.

et non de tel ou tel fonds déterminé: tandis que sont d'intérêt privé les restrictions concernant un fonds par rapport aux fonds voisins.

En réalité ce sont ces restrictions d'intérêt privé qui réglementent les relations de voisinage. Ce sont elles qui organisent la propriété foncière et c'est comme telles que nous nous proposons de les étudier. Notre première partie sera consacrée à l'examen rapide de chacune d'elles.

Mais il est facile de deviner que le législateur n'a pas pu par avance régler une à une toutes les difficultés qui peuvent surgir entre voisins. Malgré toutes les restrictions limitativement énumérées par des textes spéciaux et tout en s'y conformant, un propriétaire peut encore causer à son voisin de graves inconvénients qu'il est impossible de tolérer.

Mise aux prises avec ces difficultés journalières, la pratique a dû chercher un moyen pour réprimer ces abus.

Comment y est-elle parvenue; sur quels principes de droit s'est-elle basée? C'est ce que nous avons l'intention de rechercher dans notre deuxième partie.

Voilà notre sujet bien délimité. D'une part l'étude de chacune des mesures préventives organisées par le législateur dans le but d'éviter les conflits entre voisins. D'autre part la détermination du principe en vertu duquel un voisin peut faire cesser les troubles dont il est l'objet de la part de son voisin et qui n'ont pas été prévus spécialement par la loi.

Étant donné le grand nombre de monographies parues sur chacun de ces points, étant donné aussi

que tous les traités de droit civil ont plus ou moins abordé ces questions, on peut se demander quelle est l'utilité d'une pareille étude. Nous avons pensé néanmoins qu'il ne serait pas sans intérêt de réunir ces divers sujets pour donner une vue d'ensemble, non pas de toutes les difficultés qui peuvent naître entre voisins, mais uniquement de celles qui ont pour résultat d'atteindre le droit de propriété dans son intégrité.

Pour beaucoup de questions, jadis discutées, mais aujourd'hui définitivement tranchées, nous nous contenterons bien entendu d'indiquer, sans y insister, la solution donnée par la doctrine et les arrêts. Pour celles qui font encore difficulté nous rechercherons parmi les systèmes proposés quelle est l'idée qui les domine et qui doit servir à trouver une formule aussi précise que générale. Au cours de cette étude nous aurons le plus souvent possible recours à la jurisprudence. En effet, avec le développement incessant de l'industrie, beaucoup de ces questions ont changé peu à peu de physionomie; d'autres nouvelles se sont fait jour. Le guide le plus sûr pour les étudier est la jurisprudence, « ce grand recueil de l'expérience humaine », car elle seule est vivante, obligée qu'elle est de répondre sans cesse aux besoins du moment.

PREMIÈRE PARTIE

**Des restrictions au droit de propriété
énumérées par le Code civil.**

PREMIÈRE PARTIE

Des restrictions au droit de propriété énumérées par le Code civil.

Les restrictions au droit de propriété que le législateur a cru devoir imposer d'une façon expresse dans l'intérêt privé du voisin et pour éviter les conflits qui pourraient naître entre eux, se trouvent mentionnées dans le code civil au titre des servitudes.

Il ne faudrait pas croire cependant que l'énumération, donnée par l'art. 652, des différentes obligations auxquelles la loi assujettit les propriétaires l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention, puisse nous servir de guide au cours de notre étude. C'est qu'en effet ce texte, qui se contente d'indiquer vaguement les obligations de voisinage, ne s'est pas placé à notre point de vue. Aussi l'énumération qu'il contient est à la fois incomplète et trop compréhensive.

Elle est d'abord trop compréhensive. En effet, elle mentionne les obligations qui sont réglées par les lois sur la police rurale; or toutes ces obligations intéressent avant tout l'ordre public et ne nous

regardent pas. D'autre part les obligations relatives au mur et au fossé mitoyens ne peuvent être considérées comme des restrictions au droit de propriété, car le propriétaire qui possède un mur ou un fossé mitoyen n'en est plus plein propriétaire. Il n'a plus sur eux qu'un droit restreint et il est logique que ce droit incomplet lui crée des obligations spéciales. Ce ne sont donc plus des restrictions au droit de propriété tel que le législateur a compris ce droit, c'est-à-dire absolu en principe. L'étude de ces obligations ne rentre pas non plus dans le cadre que nous nous sommes assigné ; nous passerons donc sans nous y arrêter sur tous les textes relatifs aux fossés et aux murs mitoyens. En ce qui concerne la mitoyenneté, une seule obligation doit retenir notre attention, c'est celle qui résulte des art. 660 et 661 et qui a pour objet d'obliger tout propriétaire d'un mur à en vendre la mitoyenneté à son voisin, quand celui-ci l'exige.

L'énumération de l'art. 652 indique en outre l'égout des toits. Or l'art. 681, qui réglemente ce point spécial, prescrit que « tout propriétaire doit établir des toits de manière que les eaux pluviales s'écoulent sur son terrain ou sur la voie publique », et ce texte ajoute qu'« il ne peut les faire verser sur le fonds voisin ». Il n'y a pas dans cette obligation, pas plus d'ailleurs que dans celle inscrite dans l'art. 673 relative aux branches qui avancent sur le voisin, une véritable restriction au droit de propriété, telle que nous l'entendons. Il faut y voir seulement la consécration du principe général d'après lequel chaque propriétaire doit rester sur son

fonds (1). L'atteinte au droit absolu du propriétaire ne commence que lorsque ces eaux pluviales, après avoir touché terre sur le fonds du propriétaire de la maison, viennent à s'écouler sur le sol du voisin. Celui-ci est alors obligé de les recevoir, ainsi que cela résulte de l'art. 640.

Non seulement cette obligation, qui vise l'écoulement naturel des eaux, ne figure pas dans l'énumération de l'art. 652, mais ce texte ne mentionne pas non plus les obligations relatives à l'usage des sources. Et qu'on ne dise pas que si le code a omis de mentionner ici ces obligations, c'est parce qu'elles dérivent de la nature des lieux, car elles n'en constituent pas moins une atteinte légale au droit de propriété dans l'intérêt du fonds voisin. En effet si le législateur devait forcément les reconnaître, il pouvait ne pas les organiser comme il l'a fait et la preuve en est que certaines de ces obligations ont été réglementées à nouveau et modifiées par la loi du 8 avril 1898.

L'obligation de se clore, imposée par l'art. 663 aux habitants des villes et de leurs faubourgs, constitue encore une restriction au droit de propriété dans l'intérêt réciproque des voisins et l'art. 652 n'en fait pas mention. Ce texte omet enfin de faire allusion aux distances prescrites par l'art. 671 à tout propriétaire qui veut planter des arbres auprès de la propriété de son voisin.

Les obligations de voisinage, que nous nous proposons d'examiner parce qu'elles constituent

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 1042.

chacune une restriction au droit de propriété dans l'intérêt du fonds voisin, sont, d'après le code civil, au nombre de sept.

Si nous suivons l'ordre dans lequel le code les a indiquées ces restrictions sont les suivantes :

1^o l'obligation pour le propriétaire dont le fonds est moins élevé de recevoir les eaux qui découlent du fonds supérieur (art. 640 et 641) ;

2^o l'obligation imposée au propriétaire d'un mur d'en vendre la mitoyenneté à son voisin quand celui-ci l'exige (art. 661) ;

3^o l'obligation de contribuer à la construction ou à la réparation de la clôture séparant les maisons, cours et jardins dans les villes et faubourgs (art. 663) ;

4^o l'obligation d'observer certaines distances lorsque l'on fait des plantations le long de la propriété voisine (art. 671) ;

5^o l'obligation d'observer une distance ou d'établir des ouvrages de protection si l'on fait certains travaux ou dépôts de nature à nuire au fonds voisin (art. 674) ;

6^o l'obligation d'observer certaines distances si l'on pratique des ouvertures dans un mur ou si l'on construit des ouvrages permettant de voir sur le fonds voisin (art. 676 à 680) ;

7^o enfin l'obligation de concéder un droit de passage au propriétaire dont le fonds est enclavé (art. 682).

Telles sont les seules véritables restrictions au droit de jouissance du propriétaire que le code a cru devoir imposer expressément dans l'intérêt des propriétés voisines.

On serait peut-être tenté d'ajouter à la liste que nous venons de donner la défense, faite au propriétaire par l'art. 643 nouveau, de détourner les eaux d'une source qui, dès la sortie du fonds où elles surgissent, forment un cours d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes. Nous ne croyons pas devoir y insister, car cette prescription légale suffit par elle-même à démontrer que le propriétaire de la source n'a plus qu'un droit d'usage sur les eaux qui en jaillissent, dès l'instant qu'elles forment, avant de quitter son héritage, un véritable cours d'eau, coulant entre deux rives certaines (1).

Il en est de même de l'obligation, inscrite dans l'art. 644, en vertu de laquelle celui dont la propriété est traversée par une eau courante ne peut en user qu'à charge de la rendre à son cours ordinaire à la sortie de son fonds. Si nous n'avons pas parlé de cette obligation, c'est qu'elle ne constitue pas une restriction au droit de propriété, mais simplement la réglementation d'un droit d'usage. Le propriétaire a bien en effet le droit de se servir de l'eau qui traverse son héritage, mais cette eau ne lui appartient pas ; dès lors rien d'étonnant à ce qu'il soit obligé de la restituer après en avoir usé.

On pourrait peut-être se demander aussi pourquoi nous avons omis d'indiquer l'obligation édictée

(1) Dès avant la loi du 8 avril 1898 la jurisprudence reconnaissait que le propriétaire d'une source pouvait perdre son droit de propriété exclusif sur les eaux traversant son fonds dès qu'il les avait volontairement abandonnées à la « communauté irrigative. » Req. 2 août 1897 (S. 99. 1. 8 ; D. 98. 1. 16) — 28 mars 1849 (S. 493). 1. 50 Comp. Req. 22 mai 1854 (S. 54. 1. 729).

dans l'art. 645 et qui impose à tout propriétaire de contribuer avec son voisin, quand celui-ci le demande, au bornage de leurs propriétés. En effet, cette obligation, qui pèse sur chaque propriétaire, est bien établie par la loi dans l'intérêt des voisins puisqu'elle est destinée à fixer la limite de leurs fonds. Mais en réalité, si cette obligation trouve sa source dans le voisinage, elle ne restreint pas le droit de propriété : elle n'a au contraire pour objet que d'établir et de consacrer l'assiette de ce droit (1).

Revenons maintenant aux restrictions que nous avons énumérées. Comme on a pu le remarquer, elles ne sont pas toutes aussi onéreuses les unes que les autres pour le propriétaire qui doit les subir. Il en est deux, celles relatives à la vente forcée du mur mitoyen et à la clôture obligatoire qui vont jusqu'à lui imposer d'aliéner une partie de son terrain. D'autres l'obligent à souffrir que le voisin utilise une partie de son fonds ; ce sont d'une part la restriction en vertu de laquelle le propriétaire doit recevoir les eaux qui découlent du fonds supérieur et d'autre part celle qui le contraint à donner un passage à son voisin qui se trouve enclavé. D'autres enfin, et ce sont les moins coûteuses, obligent seulement le propriétaire à prendre certaines précautions vis-à-vis du fonds voisin : telles sont les dispositions relatives aux jours et aux vues, celles relatives

(1) Capitant : *Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage à son voisin*. (Revue critique de législation et de jurisprudence 1900 p. 157).

aux plantations et celles qui concernent certaines constructions présumées nuisibles pour le voisin.

D'où trois catégories de restrictions que nous examinerons dans trois chapitres différents.

Mais avant d'aborder cette étude une question générale se pose : quelle est la nature juridique de ces restrictions au droit de propriété dans l'intérêt privé du fonds voisin ? En réalité, hâtons-nous de le dire, cette question n'offre aucun intérêt pratique. En effet, comme nous allons le voir, tous les systèmes proposés sont obligés de reconnaître à ces charges un caractère de *réalité*. Il en résulte d'une part que les contestations auxquelles elles peuvent donner lieu seront toujours de la compétence des tribunaux de la situation des immeubles litigieux (art. 59 § 3 C. pr. civ.) et d'autre part que le propriétaire pourra toujours s'y soustraire en abandonnant le fonds, lorsque, à raison de circonstances spéciales, ces restrictions lui paraîtront particulièrement onéreuses (1).

Et alors à quoi bon rechercher si ces restrictions sont ou non de véritables servitudes ou encore si ce sont de simples obligations *propter rem*. Néanmoins, cette question ayant retenu depuis longtemps l'attention des jurisconsultes, nous ne pouvons pas passer sans en dire un mot.

Ce qui a fait la difficulté, c'est d'abord que le code a placé ces restrictions au titre des *servitudes* alors qu'elles ne présentent pas tous les caractères que l'on s'accorde d'ordinaire à reconnaître aux servi-

(1) Comp. Caen 26 juillet 1876 (*Rec. Caen* 76. 179; S. 77. 2. 253).

tudes, c'est de plus que dans l'art. 1370 le code a indiqué les obligations entre propriétaires voisins au nombre des *engagements* qui se forment sans convention, c'est-à-dire des obligations personnelles.

Cette indécision dans les termes s'explique aisément si l'on examine l'état de la doctrine avant 1804. En droit romain on ne donna jamais à ces restrictions le nom de servitudes (1). De même dans notre ancien droit Pothier les considérait comme des obligations découlant de ce qu'il appelait le quasi-contrat de voisinage. « Le voisinage, disait-il (2), est un quasi-contrat qui forme des obligations réciproques entre les voisins ».

D'autre part, et en sens inverse, Domat appelait déjà ces restrictions du nom de servitudes (3) et Guyot étudiait le plus grand nombre d'entre elles au mot « servitudes » (4).

Dans ces conditions quoi de surprenant que les rédacteurs du code n'aient pas été très fixés sur la nature juridique de ces restrictions.

Après avoir posé en principe que le droit de propriété était un droit absolu, il parut tout naturel aux rédacteurs de considérer comme des servitudes toute atteinte apportée au libre exercice de ce droit. Cette qualification fut d'ailleurs admise sans discussion et les premiers commentateurs du

(1) Girard : *Manuel élémentaire de droit romain* p. 245 note 1 et 248.

(2) Pothier : (éd. Bugnet) iv p. 328.

(3) Domat : *Loix civiles* livre I tit. xii sect. 1 (éd. Rény) p. 326.

(4) Guyot : *Répert. de jurisprudence*. 1785. v° *Servitudes*.

code civil approuvèrent cette manière de voir (1).

C'est M. Demolombe (2) qui le premier a soutenu que ces restrictions ne constituaient pas de véritables servitudes. La majorité des auteurs modernes a adopté cette opinion (3). Voici en résumé comment ils raisonnent :

Toute servitude implique l'idée d'une exception à la règle générale et les restrictions au droit de propriété que la loi qualifie de servitudes, loin de constituer des dérogations, forment au contraire le droit commun de la propriété foncière en France. Et ces auteurs ajoutent : une servitude, mais c'est l'asservissement d'un fonds à un autre. Or ici quel est le fonds dominant, quel est le fonds servant, puisque ces obligations sont imposées à tous les fonds. Enfin certaines de ces restrictions obligent le propriétaire du fonds à jouer un rôle actif, telle est l'obligation imposée au propriétaire d'un mur d'en céder la mitoyenneté à son voisin. Et cependant il est de l'essence des servitudes de n'imposer qu'une abstention au propriétaire du fonds servant. D'ailleurs, dit-on encore, c'est précisément le fonds qui se trouverait soustrait à l'une de ces obligations par l'effet d'une convention qui serait en état de servitude : tel serait, par exemple, le propriétaire d'un

(1) Toullier : III n° 534. Merlin : *Questions de droit* v° *Servitudes* § 3.

(2) Demolombe : *Servitudes* I n° 8.

(3) Huc : *Commentaire théorique et pratique du code civil* IV n° 261 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 318 ; Aubry et Rau (5 éd.) II § 193 p. 303.

fonds qui aurait autorisé le voisin à planter plus près que la distance légale.

M. Planiol (1) a répondu aux deux premières objections de la façon suivante: « *La nature d'un droit*, dit-il, *ne dépend pas de sa fréquence ou de sa rareté*. Si une charge réelle est imposée à tous les fonds qui existent en France, elle ne change pas de nature pour cela. Or les charges établies par les art. 671 à 680 ont *tous les caractères des servitudes*; elles consistent à empêcher un propriétaire de faire un acte qu'il aurait le droit d'accomplir sur sa propriété si la loi ne le lui interdisait pas, et cette interdiction est établie *dans l'intérêt du fonds voisin*. C'est là le propre des servitudes négatives. Quant à la *réciprocité* de ces servitudes, c'est encore une circonstance particulière, qui, pas plus que l'universalité de ces charges, ne peut les faire changer de nature. »

Mais il est facile de se rendre compte, puisque M. Planiol l'indique lui-même en termes exprès, que cette argumentation ne s'applique qu'aux charges ayant pour but d'interdire un acte au voisin; elle laisse entièrement de côté, d'une part les charges imposant au propriétaire un acte positif, et d'autre part la servitude d'écoulement des eaux. D'ailleurs M. Planiol s'est en partie rendu compte que sa théorie était incomplète et il a été obligé de reconnaître (2) qu'à côté des restrictions affectant le caractère de véritables servitudes, il en existe

(1) Planiol: *Traité élémentaire de droit civil* (1 éd.) n° 1856.

(2) Planiol: *loc. cit.* n° 1070 et suiv.

d'autres imposant des obligations positives et qui constitueraient, d'après lui, des obligations personnelles dérivant du quasi-contrat de voisinage.

Cette diversité de solution pour des règles ayant somme toute le même but et le même objet a frappé M. Capitant (1) et cet auteur est d'avis que ces restrictions, devant toutes avoir le même caractère, la même nature juridique, ne peuvent être que des obligations personnelles. Il base naturellement son argumentation sur l'art. 1370 et il ajoute: « Au surplus ne serait-il pas étrange que le législateur, établissant des restrictions aux droits des propriétaires pour éviter les conflits qui pourraient naître de l'exercice parallèle de ces droits, ait donné à ces restrictions le caractère de charges foncières et attribué à chacun des propriétaires un droit réel sur le fonds de son voisin? Ne serait-ce pas compliquer à loisir ce régime de la propriété? »

Cependant, après avoir admis que ces restrictions sont de véritables obligations, M. Capitant en arrive à reconnaître qu'elles ont un caractère particulier qui les distingue des obligations ordinaires. « Ce sont, dit-il, des obligations *propter rem*, c'est-à-dire des obligations qui sont la conséquence de la détention de la chose. »

Dans ces conditions prendrons-nous un parti? Nous n'en voyons pas la nécessité; car, comme le dit fort bien M. Ripert (2): « du moment que l'on

(1) Capitant: *loc. cit.* p. 162.

(2) Ripert: *loc. cit.* p. 171.

déclare l'obligation liée au fonds, la discussion n'a plus de portée. »

A quoi bon dès lors insister sur cette discussion théorique entièrement dénuée d'utilité pratique, et pour l'étude de laquelle on se heurte à des arguments impossibles à concilier?

CHAPITRE I^{er}

Restrictions ayant pour objet d'obliger le propriétaire à aliéner une partie de son terrain.

Comme nous l'avons indiqué, ces restrictions, qui doivent être considérées, comme les plus onéreuses, sont au nombre de deux :

- 1^o la vente forcée de la mitoyenneté ;
- 2^o la clôture forcée.

§ I^{er}. — Vente forcée de la mitoyenneté.

L'art. 661, qui donne à tout propriétaire, dont l'héritage joint un mur, la faculté de rendre ce mur mitoyen, constitue évidemment une atteinte au droit de propriété dans l'intérêt privé du voisin. En effet, tant qu'on est seul propriétaire d'un mur, on peut en faire ce que bon vous semble, y appuyer toutes sortes de constructions, y ouvrir des jours ; dès l'instant où ce mur est mitoyen, on ne peut plus guère s'en servir que pour y adosser une construction (art. 657) ; ainsi faut-il le consentement du voisin, soit pour y appuyer un ouvrage quelconque (art. 662), soit pour y ouvrir des jours (art. 675).

Ces conséquences, qu'entraîne avec elle la mi-

toyenneté, suffisent à montrer combien était erronée sur ce point l'opinion de Pothier qui prétendait au contraire que, loin de nuire au maître du mur, cette expropriation partielle lui profitait puisqu'il pouvait ainsi rentrer dans une partie des dépenses qu'il avait faites pour la construction de son mur (1).

D'autre part cette faculté, qui en définitive est susceptible de causer plus de désagréments au propriétaire du mur qu'elle ne peut lui profiter, a bien été édictée dans l'intérêt privé du voisin, auquel elle évite la construction inutile d'un mur. A quoi bon obliger celui qui veut, par exemple, construire une maison, à élever un mur sur son terrain pour y adosser ce bâtiment, si à l'extrémité de la propriété voisine il existe déjà un mur susceptible de supporter cette construction? Lui refuser ce droit serait lui occasionner une double perte d'argent et de temps.

Mais cette faculté, qui déroge à l'art. 544 dans l'intérêt privé du voisin, fait également échec à cette autre règle, formulée par l'art. 545, que nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique (2). En effet nous estimons que la disposition de l'art. 661 n'intéresse l'ordre public que d'une façon trop lointaine pour que l'on puisse dire qu'il s'agit là d'une expropriation pour cause d'utilité publique.

L'opinion contraire a cependant pour elle la majorité des auteurs. D'après M. Demolombe, « la

(1) Pothier: (éd. Bugnet) iv p. 334.

(2) Bordeaux 3 janvier 1888 (S. 89. 2. 70; D. 88. 2. 320),

société tout entière est intéressée à ce que la dépense des capitaux et des terrains ne soit pas doublée en pure perte (1), et M. Laurent ajoute : « l'intérêt général, qui demande qu'on ne perde pas un terrain précieux en constructions inutiles suffit à justifier la disposition de l'art. 661 (2) ». MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau s'expriment également de la même manière (3). Citons enfin un arrêt de la cour de Cassation qui, statuant sur le point de savoir si l'art. 661 s'appliquait aux cloisons en planches aussi bien qu'aux murs, a décidé que ce texte est « fondé sur des motifs d'intérêt public (4). »

Tels sont les arguments et les autorités que l'on peut invoquer pour prétendre que l'ordre public est avant tout intéressé dans cette question. La conséquence fatale de ce système serait très grave. On la devine sans difficulté. Le voisin ne pourrait pas renoncer au droit d'acquérir la mitoyenneté; il lui serait interdit de se supprimer par avance la faculté que lui donne la loi.

Or tous les auteurs, et M. Demolombe lui-même (5), n'ont jamais admis cette conséquence. Il en est d'ailleurs de même de la jurisprudence, et, quand la question lui a été posée directement, elle n'a pas hésité à reconnaître que ces renonciations étaient valables (6).

(1) Demolombe : XI n° 313.

(2) Laurent : VII n° 504.

(3) Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 949.

(4) Civ. cass. 15 déc. 1857 (D. 58. 1. 55 ; S. 58. 1. 271).

(5) Demolombe : XI n° 361.

(6) Civ. rej. 24 déc. 1851 (D. 54. 1. 401 ; S. 52. 1. 187) Caen 31 janv. 1877 (S. 77. 2. 165 ; D. 77. 2. 91 ; *Rec. Caen* 77. 20).

Mais alors, si l'on peut ainsi renoncer à cette faculté, c'est qu'elle n'est pas d'ordre public. D'ailleurs, ainsi que l'indiquent MM. Aubry et Rau (1), si les motifs qui ont fait édicter l'art. 661 étaient d'ordre public, le texte aurait obligé le voisin, qui veut construire, à acheter la mitoyenneté du mur. Or il ne lui en a donné que la faculté. Il lui a donc permis de laisser entre ce mur et les constructions qu'il établit tel espace qu'il lui convient (2).

Nous reconnaissons volontiers avec les partisans de l'opinion contraire que l'intérêt général demande qu'un propriétaire ne perde pas son terrain inutilement. Mais est-ce suffisant pour déclarer que la disposition de l'art. 661 est d'ordre public, au sens juridique de cette expression ? Raisonner ainsi, c'est se montrer plus économiste que juriste. Il est désirable également pour la société qu'aucune parcelle du territoire national ne demeure en friche. Or quel est le texte qui oblige un propriétaire à cultiver son terrain, si telle n'est pas sa volonté ? A plus forte raison peut-il y élever des constructions inutiles, si telle est sa fantaisie.

La vérité, c'est que cette disposition législative est comme toutes les autres restrictions au droit de propriété ; elle intéresse la société en tant qu'elle réglemente une des manières d'être de la propriété foncière en France, mais son but direct est l'intérêt privé du voisin. Et « cela est si vrai, comme l'indique M. Huc (3), que c'est l'étendue de cet intérêt

(1) Aubry et Rau : (5 éd) n § 222 note 50 p. 611.

(2) Seine 15 janv. 1900 (*Gaz. Trib.* 00. 1 sem. 2. 349).

(3) Huc : iv n° 337 p. 432.

qui déterminera la mesure dans laquelle il plaira au voisin de l'exercer. Il pourra rendre le mur mitoyen en tout ou en partie selon qu'il le croira nécessaire à ses besoins. »

La restriction au droit de propriété, inscrite dans l'art. 661, peut donc être atténuée puisqu'il est permis au propriétaire du mur d'objecter utilement à son voisin, qui voudrait en acquérir la mitoyenneté, que lui ou ses auteurs se sont interdits la faculté d'user de cette faculté. Il ne lui sera même pas nécessaire d'invoquer une renonciation formelle. Tous les auteurs s'accordent en effet à reconnaître que l'existence d'une servitude inconciliable avec la mitoyenneté a pour effet d'interdire au voisin d'user de la faculté que lui accorde l'art. 661 (1).

Mais comment déterminer quand il y a ou non incompatibilité?

Il n'y a là qu'une question de fait que les juges apprécieront souverainement (2). Pour résoudre la difficulté, ils devront rechercher d'une part en quoi consiste la servitude dont se prévaut le propriétaire du mur et d'autre part dans quel but et pour quel

(1) Demolombe : XI n° 361 ; Aubry et Rau : II § 222 p. 613. Req. 13 janv. 1879 (D. 79. 1. 118).

(2) C'est ce pouvoir souverain des juges du fait qui explique les oscillations de la jurisprudence en cette matière. — Voyez notamment, en ce qui concerne la servitude de vue, Grenoble 16 déc. 1871 (D. 73. 2. 165) Req. 25 janv. 1869 (D. 70. 1. 72) Aix 28 avril 1885 sous Req. 13 juin 1888 (S. 88. 1. 413) Nîmes 7 mai 1851 (D. 51. 2. 77) Bordeaux 18 juin 1850 (D. 51. 2. 125) ; en ce qui concerne la servitude *non ædificandi*, Civ. rej. (ch. réunies) 24 déc. 1851 (D. 54. 1. 401 ; S. 52. 1. 187) ; en ce qui concerne la servitude de ne pas planter, Req. 6 avril 1875 (D. 76. 1. 88).

usage le voisin désire acquérir la mitoyenneté (1). Estiment-ils qu'il y a incompatibilité entre la servitude telle qu'elle existe et le droit d'user de l'art. 661 tel que le demande le voisin, ils refuseront l'exercice de ce droit, sinon ils le toléreront. Il est bien certain notamment que si le voisin déclare ne vouloir acquérir la mitoyenneté du mur que pour pouvoir y appuyer des espaliers (art. 671 § 3), le propriétaire ne pourra s'opposer à la vente sous le prétexte, par exemple, qu'il aurait acquis au profit de son mur une servitude de vue.

Mais le voisin, qui se rendra ainsi acquéreur de la mitoyenneté du mur, devra bien entendu respecter la servitude. C'est ainsi qu'il a été jugé que le propriétaire est en droit de ne pas consentir à la cession pure et simple de la mitoyenneté lorsqu'il prétend que son mur jouit d'une servitude et qu'il peut alors exiger que l'acte de vente contienne des réserves expresses à ce sujet (2).

La restriction au droit de propriété édictée par l'art. 661 est donc susceptible de disparaître par le fait du voisin qui aura consenti à ne jamais demander la vente de la mitoyenneté ou dont le fonds sera grevé d'une servitude inconciliable avec cette faculté. Mais de son côté le propriétaire du mur ne pourra-t-il pas par lui-même se soustraire à cette expropriation ?

Nous pensons que ce droit lui appartient incontestablement. Il n'aura, pour obtenir ce résultat,

(1) Civ. rej. 23 juillet 1850 (D. 50. 1. 264).

(2) Req. 15 juillet 1875 (D. 76. 1. 151).

qu'à ne pas construire sur la limite extrême de son héritage. En effet l'art. 661 ne donne au voisin la possibilité d'obliger le propriétaire du mur à lui en vendre la mitoyenneté que s'il est propriétaire du terrain contigu au mur(1).

Si ce principe est certain il ne va pas sans soulever dans la pratique des difficultés délicates.

Évidemment il n'y aura pas de question si l'espace laissé entre le mur et le terrain par le propriétaire du mur est tel qu'il soit d'une utilité quelconque pour ce dernier, par exemple pour le placement d'une échelle ou pour l'égout des eaux pluviales (2).

Mais que décider quand il est certain en fait que la bande de terrain est si peu importante qu'elle ne saurait être d'aucune utilité pour le propriétaire, quand il apparaît au contraire qu'elle n'a été laissée par lui que pour faire échec à l'art. 661 et s'assurer la propriété exclusive du mur?

Un premier système, auquel se rallient ceux qui estiment que la disposition de l'art. 661 est d'ordre public, est d'avis que dans ce cas ce texte devra quand même recevoir son application. En effet, disent-ils, si le constructeur n'a laissé au delà de son mur qu'un espace si exigü, il a commis une fraude à la loi et cette fraude ne peut l'autoriser à paralyser une disposition législative qui repose sur des motifs d'intérêt général(3).

(1) Req. 18 juin 1878 (S. 79. 1. 213).

(2) Bordeaux 3 janv. 1888 (D. 88. 2. 320; S. 89. 2. 70). Dans l'espèce il y avait un espace variant de 17 à 25 centimètres.

(3) Demolombe : XI n° 304; Laurent : VII n° 507. Bourges 7 déc.

Quant à nous, qui pensons que l'art. 661 n'est pas d'ordre public, ce raisonnement ne saurait nous toucher et nous préférons nous en tenir purement et simplement au texte. Cette disposition, qui déroge au principe du droit absolu de propriété, doit être interprétée restrictivement. Du reste, avec le système contraire, quand pourra-t-on dire que l'espace réservé entre le mur et la ligne séparative des fonds est d'assez peu d'importance pour qu'il n'y ait pas lieu d'en tenir compte? Notre façon de voir a donc le mérite d'éviter l'arbitraire et c'est d'ailleurs à cette opinion que la cour de Cassation s'est formellement arrêtée (1). « Attendu, dit-elle, que le propriétaire d'un mur a... le droit, en le construisant, de s'affranchir de cette servitude et de s'assurer la propriété exclusive de son mur en laissant au delà un espace intermédiaire qui le protège contre l'exercice de la faculté introduite par l'art. 661 ; que, quel que soit le motif qui le détermine à en agir ainsi, il ne fait qu'user de son droit de propriété, dont il ne peut faire le sacrifice que dans les cas voulus par la loi ; et que dès lors il n'appartient pas aux juges de rechercher ni d'apprécier ses motifs ; que, quelque peu important que soit par sa valeur et son étendue l'espace de terrain ainsi

1837 (S. 38. 2. 159) Caen 27 janv. 1860 (S. 61. 2. 63 ; *Rec. Caen* 60. 199). Comp. Caen 12 juin 1891 (*Rec. Caen* 92. 1).

(1) Civ. cass. 26 mars 1862 (S. 62. 1. 473 ; D. 62. 1. 175) *Adde* Bordeaux 7 mars 1899 (*Pand. fr.* 00. 2. 181) Douai 7 août 1845 (S. 46. 2. 620 ; D. 47. 2. 446) Bordeaux 3 janv. 1888-précité (motifs) Aubry et Rau : II § 222 p. 610.

conservé, il suffit pour protester du droit que le propriétaire a entendu réserver. »

On sait maintenant dans quelles hypothèses le propriétaire du mur pourra échapper à l'application de l'art. 661; à l'inverse dans tous les autres cas il sera obligé de supporter l'expropriation. Ainsi il ne pourrait pas s'y soustraire en démolissant le mur et cela quand bien même il aurait, précédemment à la demande d'acquisition, manifesté l'intention de le démolir (1), pourvu toutefois que la démolition ne soit pas déjà commencée (2). C'est ainsi encore que le propriétaire devra céder la mitoyenneté de son mur, que celui-ci soit situé à la ville ou à la campagne, que la demande lui en soit faite au nom du domaine public ou par un simple particulier (3). Et, de même que le bénéfice de l'art. 661 peut être invoqué par toute personne, de même aussi ce texte s'applique à tous les murs solides ou non, capables ou non de supporter une construction (4). Mais il faut bien entendu qu'il ne s'agisse pas de murs hors du commerce (5). Néanmoins la circonstance que le mur dépendrait d'un fonds dotal n'empêcherait pas le voisin d'exiger que la mitoyenneté lui en soit

(1) Demolombe: XI n° 358 Rouen 29 janv. 1841 (S. 41. 2. 262).

(2) Paris 18 févr. 1854 (D. 54. 2. 178) Rouen 23 janv. 1862 (*Rec. Rouen* 62. 200).

(3) Civ. rej. 14 févr. 1900 (S. 00. 1. 221 et la note; D. 00. 1. 593 *Pand. fr.* 00. 1. 217).

(4) Rennes 29 févr. 1904 (S. 04. 2. 186; D. 04. 2. 326) Caen 31 janv. 1877 (*Rec. Caen* 77. 20).

(5) Paris 18 févr. 1854 précité. Civ. rej. 14 févr. 1900 précité. Paris 11 nov. 1897 (S. 00. 2. 105 et la note de M. Wahl; *Pand. fr.* 98. 2. 326).

vendue. En effet nous pensons, avec MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville que, la cession de la mitoyenneté étant légalement obligatoire, il n'y a pas là d'aliénation volontaire tombant sous la prohibition de l'art. 1554 (1).

Si l'acquisition de la mitoyenneté peut être requise contre tous les murs, il ne faut pas en conclure que l'art. 661 vise toute espèce de clôtures. Comme nous l'avons déjà dit, ce texte est d'interprétation stricte. Or il ne parle que des murs, il ne peut par suite être étendu aux cloisons en planches (2) et à plus forte raison aux haies et aux fossés (art. 668).

En quoi consistera cette expropriation que le propriétaire du mur est obligé de subir?

Il est bien certain que son importance dépendra de la volonté du voisin. L'art. 661 lui donne en effet le droit de rendre le mur mitoyen en tout ou en partie. Le propriétaire ne sera donc parfois exproprié que dans une partie seulement soit de la hauteur, soit de la longueur, soit à l'une des extrémités, soit au milieu.

Mais dans tous les cas, prétend la majorité des auteurs (3), le voisin ne pourrait restreindre sa demande à une partie seulement de l'épaisseur du mur. C'est que, dit-on, celui qui n'acquerrait qu'une partie du mur en épaisseur obtiendrait le même

(1) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville : *Du contrat de mariage* III n° 1661.

(2) Civ. cass. 15 déc. 1857 (S. 58. 1. 271; D. 58. 1. 56).

(3) Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 956; Demolombe : XI n° 362; Aubry et Rau : II § 222 p. 602.

profit que s'il avait acquis la copropriété entière, ce qui serait injuste. De plus, ajoute-t-on, on peut tirer argument de l'art. 661 lui-même, qui semble dans tous les cas obliger l'acquéreur à payer la moitié de la valeur du mur.

Quant à nous, nous considérons ces raisons comme très sérieuses en équité, mais néanmoins le texte de l'art. 661 nous paraît trop formel en sens contraire pour que nous ne nous en tenions pas à ses termes. D'ailleurs l'opinion dominante, que l'on présente comme si équitable, pourrait dans certains cas conduire, elle aussi, à des résultats profondément injustes. Que l'on suppose en effet un mur d'une épaisseur considérable, serait-il équitable d'en faire payer la moitié au voisin qui veut y appuyer ses constructions et qui n'a pas besoin d'une telle épaisseur? Le mieux au fond est de s'en remettre sur ce point à l'appréciation des juges du fait (1).

La première conséquence de cette expropriation pour le propriétaire du mur est de lui faire perdre la propriété pleine et entière de son mur; mais il y en a une seconde, qui n'est d'ailleurs qu'une conséquence de la première. En effet, si le voisin, qui acquiert la mitoyenneté, est obligé de respecter les servitudes acquises au profit du mur (2), il est par

(1) Consultez Desgodets sur l'art. 194 de la coutume de Paris n° 28; Marcadé art. 661 p. 600; Huc : iv, n° 338 p. 422; Laurent : vii n° 511 Paris 18 février 1854 (S. 54. 2. 139; D. 54. 2. 178) Bruxelles 11 janv. 1883 (S. 83. 4. 12) Cass. belge 27 mars 1884 (S. 85. 4. 22 et la note).

(2) Req. 15 juillet 1875 (D. 76. 1. 440; S. 75. 1. 407). — 13 janv. 1879 (S. 79. 1. 264; D. 79. 1. 118).

contre en droit d'exiger la suppression des jours de souffrance, et cela alors même qu'il ne ferait pas construire le long de ce mur (1) et que les jours existeraient depuis plus de 30 ans (2), puisque, aux termes de l'art. 675, il est interdit d'ouvrir de pareils jours dans un mur mitoyen et que la faculté d'acquérir la mitoyenneté est imprescriptible (art. 2232). Le voisin pourrait même exiger la vente de la mitoyenneté dans le seul but de faire disparaître ces jours (3).

Mais que faut-il décider en ce qui concerne tous les autres ouvrages ou enfoncements que l'art. 662 interdit de pratiquer dans le mur mitoyen ou d'y appliquer ; le voisin pourra-t-il également en demander la suppression ?

Sur ce point trois systèmes se sont fait jour ; aussi nous croyons devoir y insister quelque peu.

Un premier système refuse dans tous les cas à l'acquéreur le droit d'exiger la suppression de tous les ouvrages pratiqués avant l'acquisition. En effet, dit-on, aucune disposition du code civil n'établit d'effet rétroactif au profit de celui qui acquiert la mitoyenneté. Du reste l'art. 661 porte que tout propriétaire joignant un mur a la faculté de le

(1) Civ. cass. 3 juin 1850 (D. 50. 1. 185 ; S. 50. 1. 585) Paris 18 juin 1836 (S. 36. 2. 403) Toulouse 28 déc. 1832 (S. 33. 2. 632) — 8 févr. 1844 (S. 44. 2. 291).

(2) Rennes 28 févr. 1904 (S. 04. 2. 186) Req. 13 juin 1888 (S. 88. 1. 413) Civ. cass. 7 mai 1873 (D. 74. 1. 88 ; S. 73. 1. 327).

(3) Civ. cass. 3 juin 1850 précité Toulouse 28 déc. 1832 précité Caen 7 juin 1861 (*Rec. Caen* 61. 232).

rendre mitoyen. Cela implique que le mur devient mitoyen à partir de la cession (1).

A cet argument le second système répond que l'art. 661 a pour résultat de frapper le mur dès son origine et à peine est-il élevé d'une servitude légale dont l'exercice, bien que facultatif, n'est limité par aucune restriction. Or cette acquisition a pour conséquence essentielle de faire cesser tous les faits de propriété exclusive, qui, quoique exécutés par le vendeur avant la cession de la mitoyenneté, n'en sont pas moins subordonnés à l'exercice possible de la servitude à laquelle le mur est assujetti (2).

Nous considérons ce système comme trop absolu et nous croyons ne devoir l'admettre qu'avec un correctif. Nous reconnaissons bien que l'acquisition de la mitoyenneté d'un mur emporte le droit d'exiger la suppression des ouvrages existant antérieurement, mais à la condition toutefois que par leur nature et leurs conséquences ils soient incompatibles avec la mitoyenneté. C'est là du reste l'opinion de Demolombe et la théorie à laquelle la jurisprudence a fini par se rallier (3).

(1) Laurent: VII n° 515 Poitiers 28 déc. 1841 (S. 42. 2. 464). Cet arrêt permet au propriétaire du mur d'y conserver des cheminées. Req. 7 janv. 1845 (S. 45. 1. 269; D. 45. 1. 81 et le rapport de M. le conseiller Mesnard). Cet arrêt permet de conserver des arbres de couche scellés dans le mur.

(2) Aubry et Rau: II § 222 texte et note 61 p. 614. Civ. cass. (belge) 18 octobre 1883 (S. 86. 4. 13).

(3) Demolombe: XI n° 372 Civ. cass. 1^{er} juillet 1861 (S. 62. 1. 81; D. 62. 1. 138). La Cour suprême rejette le pourvoi contre l'arrêt qui lui était déféré dans la partie où il avait ordonné la suppression de gouttières construites sur le couronnement d'un

Mais, pourrait-on dire, cette solution que vous proposez pour les ouvrages prévus par l'art. 662 n'est pas en harmonie avec celle que vous avez admise quant aux jours de souffrance.

Il n'est pas difficile de répondre et il suffit pour le faire de rapprocher l'un de l'autre les art. 675 et 662. Aux termes de l'art. 675 il n'est jamais permis d'avoir de jours de souffrance dans un mur mitoyen ; la loi elle-même considère ces ouvrages comme incompatibles avec la mitoyenneté. Au contraire l'art. 662 autorise le copropriétaire d'un mur mitoyen à y pratiquer des enfoncements ou tout autre ouvrage et cela malgré le refus de l'autre copropriétaire pourvu que ces travaux ne lui soient pas nuisibles.

Nous savons maintenant en quoi consiste l'expropriation que le propriétaire d'un mur est obligé de supporter en vertu de l'art. 664 ; mais nous avons dit que, en vertu de ce texte, le voisin qui veut devenir copropriétaire du mur devra payer au propriétaire la moitié de la valeur du sol et la moitié de celle du mur. Cette indemnité sera calculée suivant l'état réel du mur au moment de l'achat et en tenant compte de la valeur des fondations (1).

mur, parce qu'elles formaient manifestement obstacle à l'exhaussement de ce mur et étaient *contraires au droit de mitoyenneté*. *Addé*: Rennes 1^{er} mai 1874 (S. 74. 2. 172; D. 75. 2. 60) Bourges 19 févr. 1872 (S. 72. 2. 222; D. 72. 2. 123).

(1) Néanmoins si les fondations sont très profondes ou d'une épaisseur exagérée M. Demolombe (XI n° 363) et M. Laurent (VII n° 512) pensent que l'estimation ne devra être basée que sur la valeur des fondations d'un mur tel que le comporte sa destination ordinaire. *Contrà* Baudry-Lacantinerie et Chauveau: *Des biens* n° 957 p. 659.

Mais cette indemnité doit-elle être préalable; autrement dit, lorsque le voisin s'est servi du mur pour y adosser des constructions, cette entreprise le rend-t-il copropriétaire du mur avant qu'il ait versé au propriétaire l'indemnité à laquelle celui-ci a droit?

Dans les rapports du propriétaire et du voisin qui s'est servi du mur, et tant que celui-ci n'a pas cédé son immeuble, la question n'offre qu'un très minime intérêt. Le propriétaire aura toujours contre le voisin une action dérivant de l'art. 661 et qui lui permettra de faire respecter son droit. Peu importe dès lors la nature de cette action et le nom qu'on lui donne, peu importe aussi que l'acquisition de la mitoyenneté soit ou non subordonnée au versement de l'indemnité, puisque, si le voisin offre au propriétaire une somme qui le dédommage de l'expropriation qu'il subit, l'art. 661 oblige ce dernier à s'en contenter.

Mais la question se complique singulièrement et présente alors un réel intérêt si on l'examine dans les rapports du propriétaire et non plus du voisin mais de ceux auxquels il a cédé ses droits sur ses constructions avant d'avoir indemnisé le propriétaire. Comment et contre qui ce dernier va-t-il alors faire valoir son droit? Sur ce point de nombreux systèmes ont été imaginés (1), mais leur étude détaillée serait ici hors de proportion. Nous nous contenterons donc d'examiner la solution que l'on

(1) Voyez l'examen de ces divers systèmes dans la note de M. Brésillon au D. 89. 1. 321 et dans la thèse de M. Deschamps (Paris 1896) p. 82 et suiv.

doit considérer comme définitivement admise par la jurisprudence. Disons tout de suite que c'est, à notre avis, le seul système qui soit de nature à sauvegarder à la fois les principes et les intérêts en jeu.

Le 10 avril 1889 la chambre des Requêtes a eu à s'occuper d'une espèce dans laquelle était posée très nettement la question qui nous intéresse actuellement (1).

Un sieur Bouhorgue s'était permis, sans aucune espèce d'entente préalable avec les voisins, les époux Lucas de Montigny, d'adosser contre le mur de ces derniers une construction qu'il faisait élever. Bouhorgue vendit cet immeuble nouvellement construit à un sieur Fougères sans avoir payé aux époux de Montigny le prix de la mitoyenneté et sans avoir arrêté avec eux aucun compte à ce sujet. Ceux-ci réclamèrent alors à Fougères l'indemnité qui leur était due. Mais Fougères, pour repousser leur action, prétendit qu'ils n'avaient aucun droit sur lui et que, pour conserver leur droit, ils auraient dû recourir à un mode de publicité, soit transcription, soit inscription.

Mise en présence de ces faits et de ce soutien la Cour a statué de la façon suivante : « *En l'absence de tout contrat intervenu entre les parties*, la prise de possession de Bouhorgue n'avait pu lui créer aucun droit à la mitoyenneté ni en transmettre aucun à son cessionnaire ; . . . par conséquent les époux Montigny n'avaient pu être tenus à l'inscrip-

(1) Req. 10 avril 1889 (S. 89. 1. 401 avec une note de M. Labbé ; D. 89. 1. 321 avec la note précitée de M. Brésillon).

tion du privilège, *aucune mutation de propriété ou de droit réel* ne s'étant réalisée faute de paiement de la mitoyenneté. »

Comme on le voit, la Cour sous-entend la distinction suivante; elle sépare en deux classes les hypothèses dans lesquelles un mur séparatif peut être rendu mitoyen ou utilisé en fait comme tel.

D'une part, si aucun règlement n'est intervenu avant les travaux entre le propriétaire du mur et le voisin, aucune mutation de propriété n'est intervenue. Le mur est resté la propriété de son maître qui a dès lors le droit de revendiquer son bien dont un tiers s'est pour partie indûment emparé. S'agissant d'une action en revendication il peut l'exercer contre tous les détenteurs successifs de l'immeuble qui ne sont alors que des acquéreurs *a non domino*. Et, comme l'ajoute M. Labbé dans la note sous cet arrêt: « Il ne saurait être question en ce cas d'imposer à ce propriétaire, dont le droit sur le mur est resté intact et complet, une publicité, laquelle suppose toujours un changement volontaire dans l'état de la propriété. Aucun consentement, aucun acte entre vifs n'est intervenu. Des voies de fait ont été seulement accomplies. »

D'autre part un règlement définitif est intervenu; mais le paiement a été différé pour telle ou telle raison. Que se passera-t-il alors? La Cour de Cassation n'a pas eu à statuer sur ce cas, mais l'arrêt permet par un argument *a contrario* de solutionner la difficulté. « Cette fixation d'un prix et d'un terme, dit M. Labbé, a le caractère d'une vente, vente forcée, vente ordonnée par la loi, mais

vente à laquelle on se soumet par obéissance à la loi, translation d'une chose moyennant une somme d'argent. Elle fait naître au profit du cédant un privilège dont une inscription assurera l'efficacité à l'égard des tiers » (art. 2106 et 2166 C. civ. ; art 7 loi du 23 mars 1855).

Tel est le système très simple qui se dégage de l'arrêt de la Chambre des requêtes que nous avons signalé. C'est d'ailleurs cette solution qui a été définitivement admise par la Chambre civile (1) et nous croyons devoir l'adopter, car les objections que l'on peut y faire ne nous ont pas paru sans réplique.

Comme on a pu s'en rendre compte, ce système s'en tient purement et simplement aux termes de l'art. 661, qui dispose expressément que c'est en *remboursant* la valeur du mur et du sol que le voisin peut rendre ce mur mitoyen. Or c'est justement là le gros grief qu'on lui a adressé. En effet, dit-on, prétendre, comme nous l'avons fait, que le remboursement est la condition *sine qua non* du transfert de la propriété, c'est confondre deux législations profondément dissemblables sous le rapport des règles qui gouvernent la mutation de propriété, c'est se croire encore sous la législation romaine,

(1) Civ. cass. 22 janv. 1900 (D. 00. 1. 351) *Adde* sur ce point : Civ. rej. 10 avril 1889 (S. 89. 1. 404) Seine 25 févr. 1885 (D. 85. 3. 54) Paris 14 juin 1888 (D. 89. 2. 245) Besançon 12 mars 1890 (D. 91. 2. 95). Comparez dans une hypothèse où c'était le locataire du voisin qui avait commis l'emprise : Civ. cass. 27 juin 1892 (D. 92. 1. 379). Voyez en sens contraire : Paris 25 nov. 1885 (D. 86. 2. 189). — 14 janv. 1890 (D. 90. 2. 75),

où la numération des deniers était une condition nécessaire pour opérer le transfert de la propriété. Mais il est facile de répondre à cet argument.

Nous reconnaissons volontiers que de nos jours le seul consentement ou une décision de justice suffit entre les parties pour produire une mutation de propriété. Mais encore est-il qu'il faut tout au moins ce consentement. Or, quand le voisin, sans crier gare, appuie ses constructions sur un mur qui ne lui appartient pas, il n'y a aucun accord, aucun échange de volonté, mais seulement un simple fait matériel, qui, pas plus sous notre législation que sous la législation romaine, ne peut produire un effet juridique quelconque.

De tout ce que nous avons dit jusqu'ici on a pu voir que si le propriétaire d'un mur peut être contraint par son voisin de lui en céder la mitoyenneté (ce qui est l'hypothèse que nous nous sommes proposé d'examiner), à l'inverse le voisin qui s'est servi du mur est obligé de payer au maître de ce mur une indemnité d'expropriation.

Il nous faut maintenant préciser de quelle façon le voisin doit s'être servi du mur pour que le propriétaire puisse être autorisé à lui réclamer cette indemnité.

Sur ce point on arguë, non plus de l'art. 661, mais de l'art. 656 relatif à la faculté d'abandon donnée au copropriétaire d'un mur d'en abandonner la mitoyenneté pour se décharger de l'obligation de contribuer aux réparations. Cet article décidant que l'abandon est impossible dès lors que le mur soutient un bâtiment appartenant au voisin, on doit en

conclure tout naturellement que la mitoyenneté ne peut être rendue obligatoire pour ce dernier qu'autant qu'il s'est servi du mur pour y soutenir un bâtiment.

Toutefois la chambre civile, dans un arrêt du 4 mars 1907, reconnaît que cette expression *soutenir un bâtiment* n'est pas limitative et qu'elle doit être étendue, sinon à tous les cas où le voisin retire du mur un avantage quelconque, comme le soutiennent certains auteurs (1), mais dans tous ceux où par une appropriation du mur il en a fait un usage direct (2). C'est ainsi que la jurisprudence a décidé que le voisin peut être obligé d'acquérir la mitoyenneté s'il se permet d'adosser au mur des terres formant remblai (3), ou bien s'il l'utilise comme mur de fond de ses bâtiments (4). Dans ces deux cas en effet il est permis de dire que le voisin a fait du mur un usage direct. Mais au contraire il a été jugé que si le voisin ne profite du mur qu'indirectement, s'il se contente, par exemple, de relier son mur aux extrémités de celui de son voisin, il n'est pas tenu d'en acquérir la mitoyenneté, quand bien même ce mur lui constituerait une clôture partielle (5). Il en est du moins ainsi, semble dire l'arrêt du 4 mars 1907, alors que

(1) Laurent : VII n° 548; Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 978.

(2) Civ. cass. 4 mars 1907 (S. 07. 1. 141; D. 07. 1. 192; *Pand. fr.* 07. 1. 124).

(3) Paris 30 déc. 1871 (D. 73. 5. 424).

(4) Paris 4 févr. 1870 (D. 70. 2. 217).

(5) Civ. cass. 4 mars 1907 précité. — 30 mai 1894 (D. 95. 1. 66; S. 98. 1. 503).

le mur ne se trouve pas placé dans un endroit de clôture forcée.

De ce considérant il faudrait conclure que dans les villes et faubourgs la règle n'est plus la même et que dans ce cas le propriétaire du mur pourrait obliger le voisin à lui en acheter la mitoyenneté alors qu'il n'en profiterait qu'indirectement en s'en servant de clôture.

Nous croyons que ce considérant s'est glissé par erreur sous la plume du rédacteur de l'arrêt. Sinon il serait en contradiction manifeste avec la jurisprudence antérieure aussi bien des cours d'appel que de la Chambre civile elle-même. Les tribunaux estiment en effet que la faculté d'abandon de l'art. 656 est générale et absolue, qu'elle s'applique aux murs de clôture dans les villes et les faubourgs comme dans les campagnes et que l'art. 663 n'y déroge en aucune façon (1).

Dès lors, puisque la Cour Suprême décide que l'on peut renoncer à la mitoyenneté, même dans les endroits de clôture forcée, il ne lui est pas possible d'admettre que le propriétaire du mur puisse obliger son voisin à en acquérir la mitoyenneté si celui-ci n'en profite que comme clôture.

Mais nous estimons qu'il est inutile de recourir

(1) Civ. cass. 26 juil. 1882 (D. 83. 1. 342; S. 84. 1. 79). — 27 janv. 1874 (S. 74. 1. 210; D. 74. 1. 480) *Adde* : Nancy 12 nov. 1892 (S. 93. 2. 119; D. 93. 2. 519) Orléans 24 mai 1873 (D. 73. 2. 185; S. 74. 2. 171) Bordeaux 3 mars 1873 (S. 73. 2. 203; D. 73. 5. 423). — 14 juin 1855 (S. 55. 2. 640) Toulouse 7 janv. 1834 (S. 34. 2. 364) Voyez toutefois en sens contraire Amiens 12 déc. 1861 (S. 62. 2. 231).

sur ce point à l'interprétation, d'ailleurs très contestable (1), que donne la jurisprudence de l'art. 656. Il suffit, pour trancher la difficulté, de s'attacher purement et simplement au texte de l'art. 663. Si le considérant que nous critiquons était exact, le propriétaire d'un mur situé dans un endroit de clôture forcée pourrait dans tous les cas exiger de son voisin que celui-ci en acquière la mitoyenneté; car il est bien certain qu'en ville, où les enclos se succèdent sans interruption, le voisin, auquel n'appartient pas le mur, en profite cependant pour s'enclore au moins partiellement. Or jamais l'art. 663 n'a donné ce droit au propriétaire du mur. En effet il ne faut pas oublier que ce texte, qui crée une servitude, doit être interprété restrictivement. Il permet simplement à chacun de contraindre son voisin à contribuer aux constructions et réparations de la clôture séparant leur fonds. Ces mots supposent donc une construction à faire ou des réparations à effectuer; ils ne visent pas le cas qui nous intéresse en ce moment.

Telle était d'ailleurs l'opinion de Pothier (2), qui faisait observer avec raison que, si la loi autorise chacun des voisins à réclamer de l'autre la construction à frais communs d'un mur de clôture, elle ne donne pas pour cela à celui des voisins qui a construit un pareil mur le droit de forcer l'autre à en acquérir la mitoyenneté. C'est aussi en ce sens

(1) Voyez *infra* p. 52.

(2) Pothier : iv n° 234 p. 330.

que se décident la jurisprudence et les auteurs les plus récents (1).

En résumé voici donc notre opinion. Tandis que le propriétaire d'un mur est dans tous les cas obligé de céder la mitoyenneté à son voisin qui la lui réclame, ce dernier au contraire, que le mur soit situé à la ville ou à la campagne, ne pourra être contraint d'acquérir la mitoyenneté que dans un seul cas : lorsqu'il se sera servi du mur de façon à en retirer un avantage direct autre que le simple fait d'être clos.

§ II. — Clôture forcée.

D'une façon générale chaque propriétaire est libre de ne pas clore sa propriété, personne ne peut l'obliger à faire les frais d'une clôture s'il n'y trouve personnellement son intérêt. Il a de même en principe le droit de clore son héritage ou de le déclore à

(1) Bordeaux 27 mai 1903 (S. 07. 2. 50) Cass. belge 5 nov. 1885 (S. 86. 4. 19) Paris 15 juillet 1864 (S. 64. 2. 221 et la note). Ce dernier arrêt a même refusé l'action en remboursement au propriétaire d'un mur qui avait été construit dans une localité alors qu'au moment de la construction cette localité n'était ni une ville ni un faubourg. *Adde* en ce sens : Aubry et Rau II § 200 texte et note 7; Laurent: VII n° 503; Baudry-Lacantinerie et Chauveau: *Des biens* n° 984. Voyez toutefois l'opinion de M. Demolombe (XI n° 386). Cet auteur admet que le propriétaire du mur pourra obliger le voisin à acquérir la mitoyenneté à la double condition que le voisin ne soit contraint de payer que la moitié du mur dans les conditions où il aurait été obligé de le bâtir et qu'il ne soit pas non plus contraint de payer la moitié du terrain, car on ne peut, dit-il, le forcer à payer en argent ce qu'il eût pu fournir en nature.

sa guise (1). Mais la loi apporte à ces règles une exception. L'art. 663 C. civ. décide en effet que dans les villes et faubourgs chacun peut contraindre son voisin à contribuer à la construction et à la réparation du mur qui sépare leurs propriétés. Nous verrons en outre que dans toute l'étendue de l'ancienne province de Normandie, c'est-à-dire dans le ressort actuel des cours d'appel de Caen et de Rouen, la jurisprudence applique encore un règlement aux termes duquel celui qui possède une clôture joignant une terre en labour ou un herbage, est obligé de l'entretenir en bon état, ce qui revient à dire que si le propriétaire d'une clôture, établie dans ces conditions, néglige de la maintenir en bon état, son voisin peut l'obliger à la supprimer complètement.

La première de ces obligations, celle qui résulte de l'art. 663 C. civ., constitue évidemment une entrave à la libre jouissance du droit de propriété, puisqu'elle contraint le propriétaire à faire certaines dépenses qu'il juge quelquefois inutiles et dont il se serait souvent dispensé. Néanmoins cette prescription de la loi se justifie parfaitement. En effet, si les propriétés n'étaient pas closes dans les villes, la vie y serait intolérable, et, si chaque propriétaire était tenu, pour se soustraire aux inconvénients inévitables de la vie en commun, de s'enclore pour son propre compte, il y aurait pour chacun des voi-

(1) Décret des 28 sept. 6 oct. 1791 titre 1^{er} sect. iv art. 4 : *Le droit de clore et de déclore ses héritages résulte essentiellement de celui de propriété et ne peut être contesté à aucun propriétaire. L'assemblée nationale abroge toutes lois et coutumes qui peuvent contrarier ce droit.* Voy. Caen 12 mars 1881 (*Rec. Caen* 81. 109).

sins à la fois perte de terrain et perte d'argent.

Comme on le voit, les motifs qui ont inspiré l'art. 663 sont sensiblement les mêmes que ceux qui ont fait édicter l'art. 661, dont nous nous occupions précédemment : ce sont à la fois des motifs d'intérêt privé et d'intérêt général. Mais ici, comme pour la vente forcée de la mitoyenneté, nous croyons que l'intérêt privé est surtout en question et nous estimons par suite que si, d'un commun accord et pour des raisons personnelles, les voisins décident de renoncer à se prévaloir de l'art. 663, cette renonciation sera parfaitement valable et qu'ils ne pourront par la suite la faire annuler comme contraire à l'ordre public (1).

Cette opinion n'est pas unanimement admise. D'après M. Demolombe, il n'est pas possible de s'interdire par avance d'user de la faculté accordée par l'art. 663, car cet article a été édicté dans l'intérêt de l'embellissement des villes et pour rendre plus rares les querelles de voisinage et M. Laurent ajoute que, la loi n'intervenant pas d'ordinaire dans le règlement des intérêts individuels, si elle intervient ici, c'est que l'intérêt public est en jeu. Enfin, d'après MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, l'art. 663 aurait la valeur d'une véritable loi de police et de sûreté (2).

(1) En ce sens Aubry et Rau : II § 200 note 5; Caen 20 juil. 1821 (Dallos : *Répert. v. Servitudes* n° 561) Rouen 24 févr. 1844 (*Ibid.*) Pau 14 déc. 1868 (S. 69. 2. 328). Mais il faut une renonciation formelle Req. 10 juin 1874 (S. 75. 1. 296) Metz 9 mars 1859 (S. 60. 2. 410).

(2) Demolombe : XI n°s 377 et 378; Laurent : VII n° 498; Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 981; Hue : IV n° 348; Caen 14 juin 1859 (*Rec. Caen* 59. 193).

Nous pensons qu'il est facile de répondre à ces arguments. D'abord les restrictions d'intérêt public, ainsi que nous l'avons dit, sont imposées au profit de la collectivité, tandis que les restrictions d'intérêt privé le sont au profit de certaines personnes spécialement. Or ici quels sont les premiers intéressés : ce sont les voisins. Et qu'on ne vienne pas dire avec M. Laurent que la loi laisse en principe à chacun le soin de régler ses intérêts particuliers et que, s'il en est autrement ici, c'est que l'intérêt public est en jeu. La loi fait-elle autre chose dans toutes les dispositions relatives aux servitudes légales que de s'ingérer dans des intérêts particuliers ? Et pourtant personne n'a jamais osé prétendre que les servitudes légales fussent toutes d'ordre public. Quant à l'argument tiré de l'embellissement des villes, il nous paraît douteux que cet intérêt ait été pris en grande considération. La création d'une servitude est une chose grave et pour laquelle un simple but décoratif est un motif insuffisant. D'autre part nous reconnaissons bien que l'art. 663 a été édicté pour éviter les querelles de voisinage, mais c'est là une raison de plus pour nous de dire que c'est l'intérêt privé des voisins qui a surtout été mis en avant.

Nous croyons d'autant plus volontiers que l'art. 663 ne renferme pas une disposition d'ordre public et que la renonciation au droit de s'en prévaloir est licite qu'en réalité cette renonciation n'a pas l'importance qu'on lui attribue dans l'opinion contraire. En effet, comme le font très justement remarquer MM. Aubry et

Rau (1), il ne faut pas perdre de vue que celui qui a renoncé au bénéfice de l'article précité conserve toujours la faculté de se clore et qu'ainsi sa renonciation ne porte en définitive que sur un droit d'intérêt pécuniaire.

Les deux voisins peuvent donc par avance s'interdire le droit d'exiger l'un de l'autre une clôture édiflée à frais communs; mais que faut-il décider, si, ce qui est le cas ordinaire, aucune convention n'existe à ce sujet? Le voisin, sommé de contribuer à la construction ou à la réparation de la clôture, pourra-t-il échapper à cette obligation?

Sur ce point la Cour de Cassation, comme nous l'avons déjà indiqué, décide que l'art. 656 est général et absolu et que l'art. 663 n'y apporte aucune dérogation (2). Il suit de là que, même dans les endroits de clôture forcée, s'il s'agit d'un *mur déjà existant*, le voisin pourra se soustraire à sa reconstruction ou à sa réparation, en abandonnant bien entendu la mitoyenneté. Mais la Cour Suprême va plus loin encore et, alors même qu'il n'y aurait pas de mur et qu'il s'agirait par suite d'une *construction nouvelle*, elle est d'avis que le voisin pourra néanmoins éviter de contribuer aux frais de la construction et qu'il lui suffira dans ce cas d'abandonner à celui qui veut faire la clôture la moitié du terrain nécessaire (3).

D'après la jurisprudence la seule obligation qui

(1) Aubry et Rau: II § 200 p. 355.

(2) Civ. cass. 26 juil. 1882 (D. 83. 1. 342; S. 84. 1. 79). — 27 janv. 1874 (D. 74. 1. 480; S. 74. 1. 210).

(3) Civ. cass. 7 nov. 1864 (S. 64. 1. 506; D. 64. 1. 174). — 3 déc.

serait imposée en définitive au voisin par l'art. 663 se réduirait à l'abandon d'une bande de terrain. Nous devons examiner si cette théorie est fondée.

Si l'on se reporte aux arrêts rendus sur cette question, on remarquera que le principal argument est tiré de la généralité des termes de l'art. 656, lequel donne au copropriétaire de tout mur mitoyen la faculté de se dispenser de contribuer aux réparations et constructions de celui-ci en faisant l'abandon de la mitoyenneté à la seule condition que ce mur ne soutienne pas un bâtiment. Or, dit la Cour de Cassation, les exceptions ne doivent pas être étendues et ce serait non seulement étendre celle qui résulte du texte mais en ajouter une seconde que d'admettre qu'il sera également impossible de renoncer à la mitoyenneté dans les endroits de clôture forcée. Dès lors, si le voisin peut renoncer à la mitoyenneté quand il s'agit d'une reconstruction, pourquoi n'aurait-il pas ce droit quand il s'agit d'une construction nouvelle?

De plus, ajoutent certaines décisions, en présence de ce qui a été dit au Conseil d'État lors de

1862 (S. 63. 1. 33 et la note ; D. 62. 1. 505) *Adde*: Paris 14 nov. 1860 (S. 61. 2. 127 ; D. 61. 2. 18) Trib. Caen 28 mai 1838 (*Rec. Caen* 40. 17) *Contrà*: Amiens 15 août 1838 (S. 39. 2. 157). — 12 déc. 1861 (S. 62. 2. 231). Ce dernier arrêt a été cassé. Un arrêt de Bordeaux du 7 déc. 1827 (S. 28. 2. 103) avait fait une distinction entre la construction et la réédification d'une clôture: dans le cas de *construction* il avait refusé au propriétaire le droit de se dispenser de concourir à la dépense en abandonnant la moitié du terrain; mais il avait accordé ce droit en cas de *réédification*. La Cour de Cassation rejeta cette distinction, par arrêt de la Chambre civile du 5 mars 1828 (S. 28. 1. 292).

la discussion de l'art. 663, aucun doute n'est possible. Berlier avait proposé de reconnaître formellement la faculté d'abandon dans les villes et faubourgs ; mais Tronchet fit remarquer que cette faculté résultait explicitement de l'art. 656. C'est donc que l'art. 663 ne déroge pas à ce dernier (1).

Telles sont les deux principales raisons invoquées par la jurisprudence et que font leurs MM. Aubry et Rau (2). A ces arguments les partisans du système de la Cour de Cassation en ajoutent un troisième qu'ils trouvent dans l'art. 699. Ce texte autorise le propriétaire du fonds servant à abandonner ce fonds quand il est chargé par le titre constitutif de la servitude de faire à ses frais les travaux nécessaires à l'usage de celle-ci. Pourquoi ce texte ne s'appliquerait-il pas ici ?

Malgré l'autorité qui s'attache à cette opinion, puisqu'elle n'a jamais cessé d'être formellement consacrée par la Cour de Cassation, les motifs invoqués ne nous semblent pas suffisamment puissants pour nous la faire adopter. Cette solution aurait en effet pour résultat de rayer presque complètement du code civil un article qui, comme tous les autres, doit recevoir son application. Or il est difficile d'admettre que celui qui peut être sommé de contribuer aux frais de la construction d'une clôture puisse se soustraire à cette obligation d'une façon si peu onéreuse pour lui, en se con-

(1) Fenet: *op. cit.* xi p. 266.

(2) Aubry et Rau: II § 200 texte et note 6 p. 356. *Adde*: en ce sens Marcadé: sous l'art. 663.

tendant d'abandonner la moitié du terrain nécessaire à la construction.

La vérité, d'après nous, c'est que la Cour de Cassation a confondu deux textes essentiellement distincts. Pourquoi introduire dans le débat l'art. 656 ? Il est tout à fait inapplicable à la question qui nous occupe. En effet ce texte parle d'un abandon possible de la mitoyenneté et il suppose évidemment l'existence d'un mur, puisqu'il ajoute que cet abandon n'est plus possible quand le voisin a adossé au mur un bâtiment lui appartenant.

L'art. 663 au contraire ne suppose pas nécessairement l'existence d'un mur puisqu'il prévoit aussi bien le cas où il s'agit de réparations que celui où il est question d'une construction nouvelle. Il y a donc là deux situations qui peuvent n'être pas semblables. Mais ce n'est pas tout. L'art. 656 ne vise que la clôture volontaire, il ne s'occupe nullement de la clôture forcée, qui doit rester régie uniquement par le texte de l'art. 663. Dans ces conditions pourquoi vouloir essayer de concilier ces deux textes de loi ? Ce n'est pas le moins du monde faire échec à l'art. 656 que d'appliquer à la lettre l'art. 663, qui est destiné à régler une hypothèse toute différente et cela, alors surtout que l'art. 663 est formel et qu'il se suffit à lui-même pour la situation spéciale qu'il prévoit.

L'art. 656 écarté, il nous reste comme argument de texte à nous expliquer sur l'art. 699. Mais sur ce point il nous suffira de faire remarquer que, s'il fallait l'appliquer dans notre matière, ce n'est pas seulement la moitié du terrain nécessaire à la

construction du mur que le voisin devrait abandonner, comme le décide la Cour suprême, mais son fonds tout entier. En effet, en vertu du principe certain de l'indivisibilité des servitudes, c'est tout le fonds qui est grevé et non pas seulement la bande de terrain contigue à l'héritage voisin.

Quant à l'argument tiré de la discussion au Conseil d'État, nous ne nous dissimulons pas que les paroles prononcées par Tronchet sont formelles et militent en faveur de la théorie que nous repoussons. Mais on sait quelle valeur peuvent avoir des arguments de cette nature. Si les travaux préparatoires sont quelquefois utiles pour faire ressortir l'idée qui a inspiré le législateur, il ne faut pas oublier que les paroles d'un rapporteur n'ont que la valeur d'une opinion personnelle. Elles ne sont pas la loi et personne n'osera soutenir qu'elles peuvent l'emporter sur un texte non équivoque. Les textes sont l'expression définitive de la volonté du législateur et, quand ils sont clairs et formels par eux-mêmes, à quoi bon rechercher à la suite de quelle discussion, plus ou moins fidèlement rapportée, ils ont été votés.

Le texte de l'art. 663 est net et précis et il suffit de le lire pour s'apercevoir qu'en l'interprétant comme elle le fait la jurisprudence arrive à le supprimer et nous n'hésitons pas, quoi qu'en dise la Cour de Cassation, à décider que le voisin, sommé de remplir les obligations que lui impose l'art. 663, devra contribuer, soit à la construction d'une clôture, soit à sa réparation et qu'il ne pourra pas s'en dispenser en abandonnant une bande de terrain.

Telle est d'ailleurs l'opinion de la majorité des auteurs (1); telle était également la pensée de Pothier (2), dont les solutions, en matière de servitudes doivent être tout particulièrement suivies.

Nous concluons donc sur ce point que dans les endroits de clôture forcée il n'est jamais possible d'abandonner la mitoyenneté d'un mur pour se soustraire aux réparations et qu'il n'est pas davantage permis, pour éviter de contribuer à la construction d'une clôture nouvelle, d'abandonner la moitié du terrain nécessaire à cette construction. C'est là, suivant nous, la seule opinion compatible avec le texte de l'art. 663 (3).

Recherchons maintenant à quels fonds s'applique cet article. Aux villes et faubourgs, dit le texte. Il s'ensuit évidemment que dans les campagnes nul ne peut, sous aucun prétexte, être contraint d'enclore son terrain (4).

Mais que faut-il entendre par ces mots villes et faubourgs? Deux circulaires ministérielles des 17 août 1813 et 25 octobre 1827 décident bien que les agglomérations de 2,000 habitants sont des villes, mais ces circulaires ne peuvent pas être considérées comme donnant une définition légale, aussi

(1) Demolombe: xi n° 379; Laurent: vii n° 502; Baudry-Lacantinerie et Chauveau: *Des biens* n° 982. Comp. Huc: iv n° 330.

(2) Pothier: iv n° 223 p. 324.

(3) Caen 14 juin 1859 (*Rec. Caen* 59. 193).

(4) Caen 18 mars 1881 (*Rec. Caen* 81. 109) Bayeux 17 janv. 1868 rapporté par M. de Vilade (*Coutumes de Normandie*) p. 222.

l'application de l'art. 663 n'a pas été à ce point de vue encore sans entraîner certaines difficultés.

S'il existe un acte administratif classant comme ville telle localité, il n'y aura pas de question. Mais si aucun acte de ce genre n'est intervenu, on admet alors que les tribunaux apprécieront suivant les circonstances (1).

Ils peuvent prendre comme base d'appréciation l'existence d'un octroi ou d'un plan général d'alignement, le nombre des habitants, le développement des établissements industriels qui se trouvent dans la localité, l'importance de ses édifices publics, ils peuvent même dans une certaine mesure recourir aux documents et aux traditions historiques (2).

Telles sont les circonstances auxquelles les tribunaux se sont arrêtés pour savoir s'ils étaient ou non en présence d'une ville.

Mais la loi ne parle pas seulement des villes, elle ajoute les faubourgs. Comment distinguer un faubourg d'une campagne?

Sur ce point, qui n'est, somme toute, qu'une question de fait, notre guide le plus sûr sera la jurisprudence. D'après nous la formule qui se dégage des arrêts rendus sur cette matière est la suivante: il n'y a plus de faubourg dès que l'on

(1) Civ. cass. 11 août 1886 (S. 87. 1. 168). Comp. Duranton (v. 319), qui prétend qu'on doit s'en remettre à l'autorité administrative.

(2) Trib. Rouen 27 mars 1884 (*Rec. Rouen* 84, 207) Trib. Neuchatel 26 déc. 1883 (*Rec. Rouen* 84, 210) et la note; Nancy 12 nov. 1892 (D. 93. 2. 519; S. 93. 2. 119) Seine 28 juin 1894 (D. 94. 2. 328).

ne rencontre pas une agglomération de maisons destinées à l'habitation (1). Ainsi il ne pourra pas être question de clôture forcée dans un endroit situé en dehors des murs d'une ville et sur lequel sont construites seulement quelques maisons isolées et sans continuité (2); il en serait de même de jardins, faisant partie d'un groupe isolé d'autres jardins situé aux portes d'une ville et dans lesquels ne se trouvent pas de maisons servant à l'habitation (3). Mais au contraire la clôture sera forcée dans un terrain situé dans l'enceinte d'une ville, à front d'une de ses rues et presque en face l'étude d'un notaire, alors même que ce terrain se trouverait en deçà des limites de l'octroi (4).

D'ailleurs, pour que l'un des voisins puisse exiger une clôture à frais communs, il existe une seconde condition qui permet de préciser la première. Il ne suffit pas que le terrain soit situé dans une ville ou un faubourg, il faut en plus que la clôture soit destinée à servir de séparation entre « maisons, cours et jardins », comme dit le texte. Bien que tout le monde soit unanime à reconnaître que ces expressions ne sont pas limitatives, mais seulement démonstratives et que l'art. 663 s'applique à des fonds qui ne peuvent pas être considérés comme des cours ou jardins, ainsi à un terrain servant de passage pour l'exploitation d'un jar-

(1) Rouen 15 févr. 1890 (*Rec. Rouen* 90. 51).

(2) Caen 10 juin 1847 (*Rec. Caen* 47. 342).

(3) Trib. Caen 9 juin 1869 (*Rec. Caen* 70. 43).

(4) Douai 28 juin 1879 (*D.* 80, 2. 95).

din (1), la jurisprudence exige néanmoins, pour que la clôture soit forcée, qu'il s'agisse d'une dépendance naturelle et nécessaire d'une habitation (2). Ainsi l'art. 663 ne devra pas être appliqué à une prairie (3), à un simple champ ne dépendant d'aucune habitation, alors même qu'une construction existerait sur la propriété voisine (4) ; il ne s'appliquera pas non plus à des terrains compris dans un faubourg mais qui aboutissent sur la campagne et ne sont qu'en partie en nature de jardins (5).

Enfin une troisième condition est nécessaire pour que l'art. 663 reçoive son application. Il faut que les fonds qu'il s'agit de clore soient contigus. Dès lors le propriétaire, dont l'immeuble est séparé du fonds voisin par un terrain commun, un passage, par exemple, n'est pas fondé à exiger la construction à frais communs d'un mur sur l'un ou l'autre des côtés de ce passage (6).

Quand ces trois conditions se rencontrent, le voisin, sommé de contribuer à la construction d'une clôture, est donc obligé de s'incliner. Mais à quel genre de clôture sera-t-il tenu de participer ? Pourra-t-il se contenter d'offrir la moitié de la dépense nécessaire à la plantation d'une haie ou à l'établissement d'une palissade en planches ? Sur ce

(1) Civ. cass. 14 mai 1828 (S. 28. 1. 308).

(2) Req. 28 févr. 1905 (S. 05. 1. 388 ; D. 05. 1. 303).

(3) Limoges 26 mai 1838 (S. 38. 2. 139).

(4) Épernay 26 juin 1868 (D. 70. 3. 40).

(5) Dijon 17 décembre 1869 (D. 71. 2. 47).

(6) Req. 11 juillet 1857 (D. 57. 1. 400).

point il n'y a pas de difficulté et tous les auteurs reconnaissent que le mot clôture doit être entendu ici dans le sens de mur (1).

Néanmoins pour nous qui ne considérons pas l'art. 663 comme une disposition d'ordre public, nous admettons volontiers que deux propriétaires voisins puissent convenir que le terrain qu'ils possèdent dans l'intérieur d'une ville sera séparé par un tout autre genre de clôture (2).

En ce qui concerne la nature des matériaux à employer à la construction du mur, on reconnaît généralement que la loi s'en est remise à cet égard à l'usage des différentes localités (3); il en est de même pour l'épaisseur.

Quant à la hauteur l'art. 663 la fixe à 10 pieds, c'est-à-dire à 3^m30 dans les villes au-dessus de 50.000 habitants et à 8 pieds (2^m65) dans les autres villes; mais ces mesures, ajoute le texte, ne s'appliquent qu'à défaut d'usages constants et reconnus. Nous devons dire qu'en Normandie les hauteurs prescrites par le code sont celles qui sont adoptées communément (4).

Sur ce point, comme tout à l'heure au sujet du genre de clôture, nous estimons que les voisins

(1) Trib. Caen 20 mars 1006 (*Rec. Caen* 07. 59) Amiens 15 août 1838 (S. 39 2. 157); Demolombe: XI n° 381; Aubry et Rau: II § 200 texte et note 8.

(2) Rouen 24 févr. 1844 (Dalloz: *Répertoire v° Servitudes* n° 561).

(3) Aubry et Rau: II § 200 texte et note 7 bis.

(4) André: *Coutumes de Normandie* n° 183 p. 85; Caen 13 mai 1837 (S. 37. 2. 333; *Rec. Caen* 37. 360).

peuvent convenir d'une hauteur autre que celle indiquée par le code ou par les usages (1).

Enfin disons que si le mur n'avait pas été élevé à la hauteur légale le voisin aurait le droit d'exiger que le mur soit surélevé ; mais il devrait alors offrir en même temps de contribuer aux frais d'exhaussement et même d'acheter la mitoyenneté, si le mur n'était pas mitoyen (2).

Que décider s'il existe une différence de niveau entre les deux héritages ? Dans ce cas la hauteur se mesure à partir du sol le plus élevé et les frais de construction du mur en entier seront communs (3). Toutefois ceux afférents à la partie inférieure resteraient à la charge du voisin, si celui-ci par des travaux sur son fonds avait rendu nécessaire ce mur de soutènement (4).

A côté de la restriction au droit de propriété qui découle de l'art. 663 et en vertu de laquelle chacun peut être contraint dans les villes et faubourgs à clore son héritage, nous avons dit que la jurisprudence des cours d'appel de Caen et de Rouen en admettait une autre qui a pour résultat d'obliger le propriétaire d'une clôture à la supprimer dans certains cas.

C'est cette seconde restriction au droit de se clore et de se déclore que nous allons examiner.

Alors que la clôture forcée est générale et s'étend

(1) Fenet : *op. cit.* XI p. 267.

(2) Douai 14 févr. 1907 (D.07. 2. 172).

(3) Caen 13 mai.1837 précité ; Bordeaux 3 mars 1873 (S. 73. 2. 203 ; D. 73. 5. 423).

(4) Aubry et Rau : II § 200 note 11 ; Demolombe : XI n° 384.

à la France entière, ce que nous pouvons appeler la déclôture obligatoire ne s'applique qu'en Normandie. Cette restriction au droit de propriété résulte en effet de l'art. 11 de l'arrêt de règlement du parlement de Normandie, rendu à la date du 17 août 1751. Ce texte est ainsi conçu :

« *Les propriétaires d'héritages, qui sont actuellement clos de HAIES VIVES ou de FOSSÉS, seront « tenus d'entretenir lesdites clôtures si mieux ils « n'aiment détruire entièrement la clôture le long « de l'héritage voisin, ce qu'ils auront la liberté « de faire s'il n'y a titre contraire; et néanmoins « ceux qui voudront détruire leur clôture ne « pourront le faire que depuis la Toussaint jusqu'à Noël, après avoir averti le voisin trois « mois auparavant; et jusqu'au temps de la destruction ils seront obligés de l'entretenir* ».

La première question qui se pose relativement à ce texte est celle de savoir s'il est demeuré en vigueur depuis la promulgation du code civil.

D'après M. Vaudoré (1), « aucune loi n'oblige le propriétaire qui veut se déclôre à en prévenir les propriétaires limitrophes. Le règlement de 1751, qui exigeait en Normandie un avertissement préalable, est évidemment abrogé par la loi de 1791 » (2).

Cette opinion n'a pas trouvé d'écho dans la jurisprudence et nous avouons que cela nous surprend un peu.

(1) Vaudoré: *Droit civil des juges de paix* I ^e Clôtures n° 7 p. 382.

(2) Comp, Daviel: *Des cours d'eau* III n° 856.

Certes, nous le reconnaissons volontiers, le second argument invoqué par M. Vaudoré ne serait pas de nature à faire triompher son système. Il suffit en effet de se reporter à l'art. 4 sect. IV du titre I^{er} de la loi des 28 sept.-6 oct. 1791 pour voir que la question dont il s'occupe n'a aucun rapport avec celle qui nous intéresse en ce moment. Ce texte est extrait d'un ensemble de dispositions relatives au droit de parcours et de vaine pâture qui mettait un obstacle au droit de se clore. Or, ainsi que le faisait déjà remarquer Flaust en 1781, l'art. 11 du règlement que nous étudions n'a jamais empêché le propriétaire de se clore. « Ce règlement pourvoit à tout, dit cet auteur, il conserve la liberté que chacun doit avoir de se clore ou de ne pas se clore, mais en même temps il subvient au voisin ; il veut que le propriétaire de la haie ou du fossé l'entretienne tant qu'il la laisse exister » (1). Et d'ailleurs pouvait-il en être autrement sous l'empire de la Coutume de Normandie, dont l'art. 83 disait en termes formels : « Il est loisible à chacun d'accommoder sa terre de fossés et de haies ? »

Quant au premier argument qui revient à dire que le code ne renferme aucun texte qui reconnaisse une valeur quelconque à cet article du règlement de 1751, il nous paraît beaucoup plus sérieux et la réfutation qu'en a donnée M. Demolombe ne nous convainc pas. « Le code Napoléon, dit-il, n'est pas à beaucoup près un code rural complet.

(1) Flaust : *Explication de la coutume de Normandie* (1781) II p. 42.

Il nous paraîtrait fort regrettable que l'on décidât qu'il a fait table rase de tous les usages ruraux, alors même qu'il ne s'en est occupé d'aucune manière ni expressément, ni tacitement et que l'abolition de ces usages produirait les plus regrettables résultats » (1).

Mais est-ce une raison parce que la loi serait incomplète pour s'autoriser à donner force obligatoire à de vieux usages et à les faire sortir de l'oubli où les a plongés la législation moderne ? « A compter du jour où le code civil sera exécutoire, dit l'art. 7 de la loi du 30 ventôse de l'an XII, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cesseront d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code ». Or notre code civil s'est préoccupé des clôtures (2), et, puisqu'à leur occasion il n'a pas jugé à propos de compléter leur réglementation par les anciens usages existant sur ce point, de quel droit la pratique a-t-elle pu se prévaloir pour les faire revivre ? Obliger le propriétaire à se déclorer, s'il n'entretient pas sa clôture, c'est restreindre son droit de propriété, c'est imposer à son fonds une servitude et il ne saurait exister de servitude sans une loi qui la consacre. C'est du reste par ce raisonnement que M. Demolombe refuse de reconnaître une force obligatoire à un autre article de ce règlement relatif aux

(1) Demolombe: XI n° 481; de Vilade: *Les coutumes de Normandie* p. 196 et suiv.

(2) Voyez notamment les art. 647, 663, 666, 667, 668, 669, 670.

fossés (1). Cette différence de solution dans deux hypothèses absolument identiques ne peut s'expliquer.

Quoi qu'il en soit la jurisprudence des Cours d'appel de Caen et de Rouen a estimé que l'art. 11 du règlement de 1751 devait encore être observé actuellement. Un arrêt de la Cour de Caen notamment a décidé en termes formels que « la loi des 28 sept.-6 oct. 1791 et le code civil.... n'ont apporté aucune modification au règlement de 1751 », dont « les dispositions de l'art. 11... ont « reçu leur exécution depuis cette époque jusqu'à « ce jour » ; que ce texte n'a d'ailleurs réglé que les conditions indispensables pour exercer le droit de se clore et de se décroire, « conditions qu'il « aurait fallu déterminer, si elles ne l'avaient « pas été » (2).

Puisque la jurisprudence, du moins quant à présent, reconnaît que cet article 11 du règlement de 1751 doit encore être appliqué aujourd'hui, recherchons brièvement quelles sont les obligations qu'impose ce texte.

(1) Demolombe: xi n° 464; Baudry-Lacantinerie et Chauveau: *Des biens* n° 929 et *infra* p. 163.

(2) Caen 22 janv. 1848 (*Rec. Caen* 48. 500) *Addé*: Bayeux 13 janv. 1860 (*Rec. Caen* 66. 118) Pont-l'Évêque 31 mai 1866 (*Rec. Caen* 66. 116) Valognes 26 mai 1893 (*Rec. Caen* 93. 227) Caen 17 juillet 1908 (*Rec. Caen* 08. 106). Nous devons cependant noter que, dans une affaire *Vimont c. Martine*, le tribunal civil de Lisieux ayant, par jugement du 28 novembre 1906, déclaré que l'art. 11 du règlement était encore en vigueur, le pourvoi, formé contre cette décision, a été admis par la Chambre des Requêtes à la date du 13 juillet 1908.

Il est certain tout d'abord qu'il ne s'applique que dans les campagnes. Ceci résulte de l'intitulé même du règlement, lequel est ainsi conçu : « Vu par la Cour, toutes Chambres assemblées, ce qui résulte des informations faites dans différents bailliages de cette province en exécution de l'arrêt du 18 février 1837 au sujet des plantations dans les *campagnes* et faisant droit... ». D'autre part les termes de l'article démontrent eux-mêmes qu'il n'a trait qu'aux haies vives et aux fossés et non pas aux murs ou à tout autre genre de clôture.

Deux idées distinctes se dégagent du texte.

Il en résulte d'abord que le propriétaire d'une haie vive ou d'un fossé doit les entretenir et que, s'il néglige de le faire, le voisin, à moins de titre contraire, sera fondé à lui faire sommation, soit de les remettre en bon état, soit de les supprimer complètement. Ceci équivaut, somme toute, pour le propriétaire, qui ne veut pas faire les frais d'une mise en état, à une obligation de se déclore.

D'autre part l'art. 11 reconnaît au propriétaire, qui n'a pas l'intention d'entretenir sa clôture, le droit d'aller au-devant de cette sommation et de se déclore s'il le désire; mais il subordonne ce droit à l'exercice de deux conditions préalables, qui sont autant d'entraves à son droit. Le propriétaire ne pourra procéder à l'enlèvement de sa clôture que depuis la Toussaint jusqu'à Noël et après avoir averti le voisin trois mois auparavant (1).

Voyons d'abord en quoi consiste cette obligation

(1) Caen 19 déc. 1860 (*Rec. Caen* 61. 20).

imposée au propriétaire d'entretenir sa clôture en bon état, nous examinerons ensuite les précautions qu'il devra prendre s'il veut se déclore.

Le propriétaire qui enclôt ses terres, disait Basnage (1), « doit les tenir si bien closes et bouchées « que les bestiaux n'y puissent trouver passage, « autrement il ne se peut plaindre du dommage ». Cette sanction est encore aujourd'hui celle de la jurisprudence. C'est qu'en effet, ainsi que le fait remarquer le tribunal de Pont-l'Évêque (2), si le propriétaire n'entretient pas sa clôture convenablement, il viole la loi réglementaire. Par suite, lorsque les animaux du voisin auront pénétré sur son fonds, il devra s'imputer à lui-même les résultats dommageables de sa négligence, et, à moins que le voisin n'ait de son côté commis une faute, soit en laissant à l'abandon un animal vicieux, soit en réunissant dans un espace restreint une trop grande quantité de bestiaux, il ne pourra être admis à demander au propriétaire des animaux une indemnité en réparation du préjudice qu'il aura éprouvé (3).

(1) Basnage: *Commentaires sur la Coutume de Normandie*, 1778 1 p. 137 (art. 83).

(2) Pont-l'Évêque 31 mai 1866 *précité*.

(3) Il a été jugé que le règlement de 1751 ne peut être invoqué qu'entre les deux propriétaires voisins et qu'il a laissé intacts les droits de leurs fermiers respectifs. Par suite, lorsque des bestiaux auront pénétré, en l'endommageant, dans le champ du voisin dont la clôture lui appartenant est en mauvais état, le fermier de ce dernier sera néanmoins bien fondé à se faire indemniser par le propriétaire des animaux. En effet ce n'est pas une raison suffisante parce que celui-ci a toléré l'état défectueux de

Ce jugement du tribunal de Pont-l'Évêque indique une seconde conséquence sur laquelle nous croyons devoir insister pour signaler l'erreur qu'il contient.

D'après cette décision, le propriétaire des animaux, qui ont passé sur le fonds du voisin auquel appartient la clôture en mauvais état, pourrait néanmoins être condamné en vertu de l'art. 12 de la loi des 28 sept.-6 oct. 1791, lequel punit des peines de simple police les dégâts causés à la propriété voisine par les animaux laissés à l'abandon. Pour obtenir son acquittement, le jugement déclare que le propriétaire des animaux ne pourrait opposer à l'action du ministère public une fin de non recevoir tirée du défaut d'entretien de la clôture, mais il décide que le propriétaire de la clôture mal entretenue devrait l'indemniser des conséquences de cette poursuite.

Cette solution nous paraît inadmissible. De deux choses l'une en effet : ou la poursuite est justifiée, ou elle ne l'est pas. Si une condamnation doit intervenir, il n'y a pas de recours possible ; car on ne saurait en aucun cas faire supporter à un tiers les conséquences qui découlent de la double action publique et civile attachée à toute infraction à la loi pénale. Mais nous estimons que, sauf dans le cas où le propriétaire des bestiaux a toléré sciemment

la clôture et qu'il a négligé d'user, vis-à-vis du propriétaire de cette clôture, du droit que lui reconnaît l'art. 11 du règlement, pour que le fermier, qui tient de son bail des droits particuliers et séparés de ceux de son propriétaire, puisse et doive en souffrir. (Valognes 26 mai 1893 *précité*.)

l'état défectueux de la clôture et a négligé d'user du droit que lui reconnaît l'art. 44 du règlement, il n'y a pas de fait punissable. Le tribunal considère que le propriétaire, qui laisse paître ses bestiaux sur son propre terrain sans les faire surveiller, est par cela seul en contravention. Or cette manière de voir, qui va manifestement à l'encontre des usages du pays, où les herbages sont destinés à être dépouillés par les bestiaux paissant en liberté (1), fait en outre une fausse application de l'art. 42 de la loi de 1791. D'après la Cour Suprême en effet, pour que ce texte puisse être retenu contre le propriétaire des bestiaux, la condition « essentielle » est que ceux-ci aient été laissés à l'abandon *sur le terrain d'autrui* (2), mais non pas sur le fonds de leur maître. Dès lors, s'ils ont passé sur la propriété du voisin par suite d'un défaut d'entretien, dont ce dernier est responsable en sa qualité de propriétaire de la clôture, il ne peut être question de punir le propriétaire des bestiaux, lequel n'est nullement en faute, puisque l'un des effets de l'obligation, imposée au propriétaire de la clôture de la maintenir en bon état, doit être précisément de permettre au propriétaire des bestiaux de les laisser paître sur son fonds sans les garder à vue. En résumé, lorsque le propriétaire de la clôture n'est pas en même temps le propriétaire des bestiaux, on ne peut relever de contravention contre ce dernier, à moins

(1) Valognes 26 mai 1893 *précité*.

(2) Crim. cass. 5 janv. 1856 (D. 56. 1. 107). — 13 juill. 1893 (S. 94. 1. 159).

qu'il n'ait lui-même commis la faute d'avoir en fait trop tardé à contraindre le propriétaire de la clôture à la réparer ou à la détruire (1).

Cette seconde conséquence du défaut d'entretien, qui consisterait à indemniser le propriétaire des animaux de la condamnation pénale qu'il pourrait encourir, n'existe donc pas ; mais reste la première, qui a pour effet, lorsqu'aucune contravention n'a pu être relevée, d'enlever au propriétaire de la clôture mal entretenue tout recours contre le voisin à raison du dommage que lui ont occasionné les bestiaux de ce dernier en passant sur son fonds. Elle est, à elle seule, de nature à le faire réfléchir et l'on conçoit qu'il puisse vouloir détruire sa clôture pour se soustraire à une telle éventualité. Nous savons que l'art. 11 du règlement lui réserve cette faculté de se déclorer pourvu qu'il ne le fasse qu'entre la Toussaint et Noël et après avoir prévenu son voisin trois mois auparavant.

Dans la pratique, ces deux conditions se justifient parfaitement l'une et l'autre. Le propriétaire ne peut détruire sa clôture qu'entre la Toussaint et Noël, parce que à cette époque le préjudice sera peu considérable pour la culture ; c'est en effet le moment de l'année où il y a le moins de bestiaux dehors et où l'on commence à pouvoir planter. Si l'on exige en outre du propriétaire qu'il signifie au voisin son intention trois mois auparavant, c'est

(1) Il est à noter que l'art. 1^{er} de la loi du 4 avril 1889, pas plus du reste que l'art. 15 de la loi du 21 juin 1898, n'ont en rien modifié ces principes. Crim. cass. 20 juin 1891 (S. 91. 1. 429).

pour que celui-ci puisse se préparer longtemps à l'avance à faire une clôture.

Quel est le point de départ de ce délai de trois mois, donné au propriétaire pour avertir son voisin ? Est-ce trois mois avant de commencer à déclore ou trois mois avant la Toussaint ?

M. de Vilade (1) estime que l'art. 41 impose deux délais, l'un de la Toussaint à Noël pour la destruction, l'autre de trois mois, qui doivent s'écouler entre l'avertissement et la Toussaint. D'après cet auteur, le voisin ne pourra se déclore s'il n'a pas signifié sa *déclôture* au plus tard le 31 juillet. En effet, dit-il, « il ne peut appartenir au propriétaire qui ne déclôt que la veille de Noël de réduire ainsi le délai de l'avertissement exigé préalablement à l'action par le règlement protecteur de l'agriculture ».

Tel n'est pas notre sentiment, car nous croyons que cette opinion fait dire au texte de l'art. 41 beaucoup plus qu'il ne contient en réalité. Voici comment ce texte s'exprime : « Ceux qui voudront détruire leur clôture ne pourront le faire que de la Toussaint jusqu'à Noël, après avoir averti le voisin trois mois auparavant ». De ceci pourquoi conclure qu'il s'agit là de deux délais distincts ? Parce que, dit M. de Vilade, il ne peut appartenir au propriétaire qui ne se déclôt que la veille de Noël de réduire le délai de l'avertissement préalable. Nous avouons que cette raison ne nous semble pas décisive. Car en quoi vraiment le délai de trois mois sera-t-il réduit par

(1) De Vilade : *loc. cit.* p. 203,

le propriétaire qui se déclôt seulement le 24 décembre, s'il a prévenu son voisin le 23 septembre ?

D'après nous le propriétaire peut donc se déclore à n'importe quel moment entre la Toussaint et Noël pourvu qu'il ait prévenu son voisin trois mois avant de commencer les travaux. C'est là la seule conclusion qui soit conforme au texte en même temps qu'à l'esprit du règlement, car ce qu'on a voulu uniquement, c'est donner au voisin, qui voudrait établir une clôture en remplacement, le temps de prendre les mesures nécessaires (1).

En plus de ces deux conditions, il en existe une troisième, que le propriétaire doit observer, s'il a l'intention de se déclore. L'art. 44 du règlement lui fait une obligation de faire disparaître sa clôture en entier. En aucun cas il ne peut se permettre d'en faire disparaître une partie seulement. C'est ainsi que la Cour de Caen a jugé qu'une haie, dans laquelle se trouve une brèche fermée par des « balises », constituant une clôture continue, puisque des ouvertures sont nécessaires pour entrer et sortir, le propriétaire de cette haie, qui s'était contenté d'enlever uniquement les « balises », était en faute vis-à-vis de son voisin (2). Néanmoins,

(1) Comp. Pont-l'Évêque 31 mai 1866 *précité*. Nous croyons devoir faire remarquer que M. de Vilade semble indiquer que sur ce point Flaust serait de son avis. Or il n'en est rien. Cet auteur ne s'est nullement préoccupé de cette question, qui d'ailleurs se résout aisément à la lecture du texte et sur laquelle nous n'aurions pas insisté si M. de Vilade ne l'avait pas soulevée.

(2) Caen 17 juillet 1908 *précité*.

comme le décide un arrêt plus ancien (1), « le règlement doit être entendu dans un sens raisonnable et qui concilie les intérêts des propriétaires riverains ». Dès lors si la clôture consiste, par exemple, en un fossé de dimensions hors de proportion avec ce qui est généralement pratiqué, on ne doit pas admettre que le propriétaire ne pourra se déclorre qu'en détruisant en entier même ce qui ne serait pas le long de l'héritage de son voisin. Il y a là une question de fait que les tribunaux doivent apprécier. S'il s'agit notamment d'un fossé, on doit considérer la déclôture dans une largeur de 3 mètres comme sérieuse et suffisante.

(3) Caen 22 janv. 1848 *précité*.

CHAPITRE II

Restrictions ayant pour objet d'obliger le propriétaire à tolérer l'utilisation par son voisin d'une partie de son fonds.

Ainsi que nous l'avons dit, ces restrictions au droit de propriété sont au nombre de deux :

1° l'obligation pour les fonds inférieurs de recevoir les eaux pluviales et les eaux de source découlant des fonds supérieurs ;

2° l'obligation de concéder un droit de passage sur son fonds au voisin qui est enclavé, c'est ce que l'on appelle le passage forcé.

§ I^{er}. — Obligation pour les fonds inférieurs de recevoir les eaux pluviales et les eaux de source découlant des fonds supérieurs.

•

Si le droit de propriété était absolu, comme semble l'indiquer le début de l'art. 544 C. civ., chaque propriétaire serait tenu de conserver sur son fonds l'eau qui s'y déverse ; il devrait de tous les côtés construire des digues et des barrages pour empêcher cette eau de s'écouler sur le fonds voisin

•

en suivant la pente naturelle du sol. On comprend combien cette situation serait intolérable. De toute nécessité le législateur devait décider, et cela dans l'intérêt bien compris des voisins, que les fonds inférieurs seraient assujettis à recevoir les eaux qui viennent du fonds supérieur. En réalité la loi n'a fait que constater la situation naturelle des lieux, mais il était bon néanmoins qu'elle intervienne pour obliger chacun à s'y conformer.

Voyons comment le code a réglementé cette restriction que la nature même lui imposait.

D'après l'art. 640, les fonds inférieurs sont assujettis à recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur, sans que la main de l'homme y ait contribué. Ce texte ajoute que le propriétaire inférieur ne peut point élever de digues qui empêchent cet écoulement. De son côté le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude qui pèse sur le fonds inférieur.

Il peut arriver cependant que le propriétaire du fonds supérieur soit obligé, pour les besoins de sa culture ou de son industrie, de modifier le cours naturel de ces eaux. Or ces travaux ont le plus souvent pour résultat de causer aux fonds inférieurs un dommage plus considérable que celui qui résultait précédemment de l'état naturel des lieux. Néanmoins, depuis la loi du 8 avril 1898, l'art. 641 permet au propriétaire du fonds supérieur d'aggraver la servitude naturelle d'écoulement. Ce droit lui est donné dans tous les cas, sauf dans l'hypothèse suivante : si, par suite des travaux exécutés, les eaux étaient amenées dans des mai-

sons, cours, jardins, parcs ou enclos attenants à des habitations (art. 641, § 5). Le propriétaire supérieur est donc autorisé, ce cas mis à part, à changer la direction naturelle des eaux ; il peut même en faire surgir de nouvelles provenant de sources qu'il a découvertes par des fouilles et des sondages. Les propriétaires inférieurs ne peuvent pas s'opposer à l'exécution de ces travaux ; ils n'ont que le droit de réclamer au propriétaire supérieur une indemnité pour le surcroît d'incommodité que les changements apportés ont pu lui causer.

Telle est d'une façon générale la restriction au droit de propriété résultant des art. 640 et 641. Examinons la maintenant d'un peu plus près. Recherchons d'abord à quelles eaux elle s'applique et en quoi elle consiste exactement. Nous verrons ensuite dans quels cas et à quelles conditions la servitude naturelle peut être aggravée.

Le propriétaire du fonds inférieur, avons-nous dit, est obligé de recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur. On doit entendre par là toutes les eaux qui suivent la pente du sol sans que le propriétaire supérieur ait fait aucun ouvrage pour en changer la nature ou la direction. L'art. 640 s'applique donc aux eaux de pluie, à celles provenant de la grêle ou de la fonte des neiges, à celles venant d'un marais qui déborde par l'effet des pluies ; enfin à celles qui sont dues à des infiltrations souterraines ou à des sources et qui forment un cours plus ou moins régulier (1). Nous

(1) Lyon 30 nov. 1899 (S. 02. 2. 145).

pensons même que ce texte oblige le propriétaire inférieur à recevoir l'eau des toits de son voisin, lorsque, après être tombée directement sur le fonds de ce dernier, cette eau se trouve conduite par la pente naturelle du terrain sur le fonds inférieur (1). En effet l'art. 681 défend seulement au propriétaire d'une maison de laisser l'eau de son toit s'égoutter sur le sol de son voisin; mais, lorsque l'eau est tombée sur le terrain lui appartenant, aucun texte ne l'oblige à retenir cette eau sur son propre fonds.

Non seulement le propriétaire inférieur est tenu de subir les eaux qui viennent ainsi naturellement du fonds supérieur, mais, par une conséquence fatale, il ne peut pas non plus s'opposer à recevoir les vases, les cailloux, les graviers ou les sables qui se trouvent charriés et entraînés en même temps que les eaux (2).

En revanche, il a toujours été admis que la servitude d'écoulement de l'art. 640 n'a trait qu'aux

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau: *Des biens* n° 1042. — Bordeaux 10 juill. 1888 (S. 90. 2. 205). Civ. cass. 15 mars 1887 (*Pand. fr.* 87. 1. 89).

(2) La jurisprudence est même allée plus loin dans cette voie et, bien que les art. 640 et suivants ne soient relatifs qu'à l'écoulement des eaux, elle décide que les fonds inférieurs sont également assujettis à recevoir les éboulements de terre de toute sorte, pourvu qu'ils s'écroulent naturellement du fonds supérieur. C'est là, en effet, comme le dit M. Demolombe (XI n° 54), « une règle de nécessité qui, pour n'avoir pas été consacrée dans un texte spécial, n'en est pas moins évidente et dont l'art. 640 n'est lui-même qu'une application ». Paris 14 févr. 1832 (S. 32. 2. 77). Req. 29 nov. 1832 (S. 33. 1. 98). *Comp.* Civ. rej. 27 avril 1898 (D. 98. 1. 421).

eaux qui ont un écoulement régulier : il ne saurait par suite viser les cours d'eau torrentiels. Le propriétaire inférieur peut toujours établir des ouvrages destinés à se prémunir contre la dévastation qui pourrait résulter de ces eaux, encore bien que ces travaux aient pour résultat de les faire refluer d'une manière préjudiciable au voisin (1).

Enfin l'art. 640 ne s'applique pas non plus aux eaux ménagères (2), ni aux eaux industrielles, c'est-à-dire aux eaux corrompues par leur passage à travers des substances nuisibles (3). Ni les unes ni les autres ne sont en effet des eaux naturelles.

Pour que le propriétaire inférieur soit obligé de recevoir les eaux qui découlent du fonds supérieur, il ne suffit pas que ces eaux soient naturelles, il faut encore que la main de l'homme n'ait pas par des travaux contribué à leur écoulement. Il suit de là que le propriétaire supérieur ne peut en aucune façon modifier la pente naturelle du sol, soit par des canalisations, soit par des terrassements quels qu'ils soient (4).

Quant aux fonds soumis à cette restriction, on doit reconnaître que l'art. 640 est général. Le propriétaire inférieur est obligé de subir l'écoulement

(1) Req. 26 déc. 1865 (S. 66. 1. 65; D. 66. 1. 220). — 11 juill. 1860 (S. 61. 1. 510; D. 61. 1. 110). Chambéry 14 août 1868 (S. 69. 2. 72; D. 68. 2. 235),

(2) Req. 19 juin 1865 (S. 65. 1. 337; D. 65. 1. 478).

(3) Req. 5 déc. 1887 (S. 90. 1. 334; D. 88. 1. 205). — 7 juin 1869 (S. 70. 1. 73; D. 71. 1. 117). — 9 janv. 1856 (S. 56. 1. 28; D. 56. 1. 55). — 3 août 1843 (S. 44. 1. 137).

(4) Besançon 10 mars 1868 (S. 68. 2. 141; D. 68. 2. 131) Bordeaux 10 juill. 1888 (S. 90. 2. 205),

venant des fonds appartenant aux particuliers comme celui qui provient des fonds dépendant du domaine public. Ainsi la jurisprudence admet que cette circonstance que des eaux de pluie arrivent du fonds supérieur après avoir traversé une route n'est pas de nature à affranchir le fonds inférieur de la servitude établie par l'art. 640 (1).

Toutefois si l'établissement de la route avait eu pour résultat de créer une pente artificielle, le propriétaire inférieur serait en droit, croyons-nous, de demander une indemnité (2).

De ce fait que le fonds inférieur est tenu de recevoir les eaux qui viennent du fonds supérieur, il s'ensuit évidemment que le propriétaire inférieur ne peut élever aucune espèce de digues, ni faire exhausser son terrain de manière à faire refluer les eaux sur le fonds supérieur. Et à ce point de vue il convient de faire remarquer que l'art. 640 contient une seconde restriction au droit de propriété. Elle limite au propriétaire son droit de se clore que lui reconnaît l'art. 647. En effet, s'il veut construire

(1) Civ. cass. 8 janv. 1834 (S. 34. 1. 169) Req. 3 août 1852 (S. 52. 1. 654; D. 52. 1. 220). — 24 juin 1867 (S. 67. 1. 325; D. 67. 1. 303) Civ. cass. 15 mars 1887 (*Pand. fr.* 87. 1. 89) Lyon 30 nov. 1890 (S. 02. 2. 145); Demolombe: XI n° 20. *Comp.* Crim. cass. 2 mars 1855 (S. 55. 1. 550).

(2) Req. 24 juin 1867 *précité*. Caen 28 avril 1862 (*Rec. Caen* 62. 271). M. Proudhon (*Du domaine public* n° 1303) admet que l'administration a le droit d'envoyer les eaux des routes sur les fonds riverains et que les propriétaires de ces héritages n'ont droit à aucune indemnité, parce qu'il s'agit alors de l'intérêt public. Cette opinion ne nous semble pas admissible, car elle établit une dérogation au principe de la propriété, dérogation qui n'est fondée sur aucun texte de loi.

un mur, il devra pratiquer à la partie inférieure des barbacanes pour laisser aux eaux leur libre écoulement (1). Néanmoins nous pensons qu'il lui est loisible d'établir des vannes, à la condition, bien entendu de les ouvrir en temps utile et de les disposer de telle façon qu'elles ne nuisent pas aux fonds supérieurs (2).

Le propriétaire inférieur, qui ne peut élever de digues, est obligé *a fortiori* de faire disparaître tous les obstacles venant de son fait. Mais, s'il s'agit d'un encombrement qui ne lui est pas imputable; quand on se trouve, par exemple, en face d'un envasement résultant de causes naturelles, telles que éboulements de terre ou amoncellement de graviers, que doit-on décider? La solution ne nous paraît pas douteuse. L'art. 640 se borne à déclarer que le propriétaire ne peut élever de digue, mais il n'impose aucune charge active au propriétaire inférieur; par suite rien n'oblige ce dernier à faciliter l'écoulement (3). Tout ce que le propriétaire inférieur est obligé de supporter sur ce point, c'est le passage sur son fonds du propriétaire supérieur, qui viendrait exécuter les travaux nécessaires pour rendre aux eaux leur libre écoulement. Aucun texte ne reconnaît expressément ce droit;

(1) Req. 22 janv. 1866 (S. 66. 1. 68; D. 66. 1. 272). — 4 juil. 1860 (S. 61. 1. 177; D. 60. 1. 432) Besançon 6 mars 1833 (D. 85. 2. 130) Req. 5 mars 1901 (D. 01. 1. 165). Ce dernier arrêt a statué sur une instance engagée avant la loi de 1898.

(2) Req. 29 mars 1892 (D. 93. 1. 427).

(3) Demolombe: XI n° 33; Baudry-Lacantinerie et Chauveau: *Des biens* n° 824.

mais on doit appliquer par analogie l'art. 697 (1).

Mais qu'arrivera-t-il si d'une part le propriétaire inférieur n'enlève pas les obstacles qui s'opposent au libre écoulement et si d'autre part le propriétaire supérieur reste pendant 30 ans sans s'inquiéter de cet état de choses ? Ce dernier pourra-t-il encore au bout de ce temps rétablir les lieux dans leur état primitif ? Nous ne le pensons pas. En effet, s'il s'agissait d'une digue ou d'un barrage, construit par le propriétaire inférieur, il n'y aurait pas de difficulté, le propriétaire supérieur ne pourrait en demander la démolition (2). Pourquoi admettrait-on une solution différente dans notre hypothèse ? Il est vrai, peut-on dire, que le propriétaire inférieur n'a rien fait pour se libérer de la servitude ; mais qu'importe. Ce qu'il faut considérer, ce n'est pas la conduite plus ou moins active du propriétaire du fonds inférieur ; ce qu'il faut examiner, c'est uniquement l'inaction prolongée du propriétaire supérieur. Que l'obstacle à l'écoulement vienne d'un fait actif du propriétaire du fonds inférieur ou soit l'œuvre de la nature, dans l'un et l'autre cas, le propriétaire supérieur a laissé s'éteindre par prescription la servitude établie au profit de son fonds.

En résumé, il résulte de ce que nous avons vu jusqu'ici que, si l'art. 640 impose une restriction au droit du propriétaire inférieur, ce texte limite

(1) Civ. rej. 9 juil. 1883 (S. 84. 1. 231 ; D. 84. 1. 277) Paris 26 juin 1890 (*Pand. fr.* 91. 2. 28).

(2) Civ. rej. 10 nov. 1886 (S. 90. 1. 447 ; D. 87. 1. 209) Paris 23 juin 1900 (D. 01. 2. 59) ; Aubry et Rau : (5 éd.) I § 240 texte et note 25 p. 19.

également d'une façon très stricte le droit du propriétaire supérieur, puisque celui-ci ne peut exécuter sur son fonds aucun travail, qui aurait pour résultat d'aggraver plus ou moins la servitude qui pèse sur le fonds inférieur.

Néanmoins il y a un intérêt industriel et agricole évident à favoriser autant que possible l'usage que le propriétaire supérieur peut faire des eaux qui coulent sur son fonds. En un mot il était très utile de permettre au propriétaire supérieur de tirer de son fonds toute la valeur possible.

Mise en présence de cette nécessité, la jurisprudence avait cherché à concilier les droits du propriétaire supérieur et ceux du propriétaire inférieur. Elle en était arrivée à décider que le propriétaire supérieur pouvait changer le mode de son exploitation, quand bien même ces travaux de transformation auraient eu pour résultat d'accroître le volume des eaux coulant par la pente naturelle des lieux vers les fonds inférieurs, s'il n'en résultait pour ces derniers aucun dommage sérieux (1).

Mais les tribunaux n'avaient pas pu aller plus loin dans cette voie; pour que le propriétaire du fonds inférieur fût obligé de tolérer les travaux exécutés sur le fonds supérieur, il fallait qu'il n'en éprouvât aucun préjudice appréciable. Dès qu'un dommage sérieux était établi, les juges se voyaient contraints d'ordonner la suppression des travaux

(1) Req. 7 janv. 1895 (S. 95. 1. 80; D. 95. 1. 72). — 22 janv. 1866 (S. 66. 1. 68; D. 66. 1. 272). — 31 mai 1848 (S. 48. 1. 716; D. 48. 1. 154) Caen 13 mars 1862 (*Rec. Caen* 62. 107) *Adde*: Baudry-Lacantinerie et Chauveau: *Des biens* n° 828.

et de prescrire même des mesures destinées à éviter que les inconvénients constatés ne se renouvellent pas ; ils ne pouvaient pas se contenter d'allouer au propriétaire inférieur une indemnité pour réparer à la fois le dommage passé et le dommage futur (1).

Tel était l'état de la jurisprudence avant la loi du 8 avril 1898. Tout en interprétant l'art. 640 de la façon la plus large, les tribunaux étaient bien obligés d'en tenir compte et de le respecter.

Deux lois, il est vrai, l'une du 29 avril 1845 et l'autre du 10 juin 1854 avaient déjà donné dans certains cas au propriétaire supérieur la possibilité d'aggraver la servitude de l'art. 640. Mais c'étaient là des lois d'exception qu'il était impossible d'appliquer en dehors des hypothèses prévues.

D'après l'art. 1^{er} de la loi de 1845 tout propriétaire qui voudra se servir, pour l'irrigation de ses propriétés, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, pourra obtenir le passage de ces eaux sur les fonds intermédiaires à la charge d'une juste et préalable indemnité et l'art. 2 ajoute : « les propriétaires des fonds inférieurs devront « recevoir les eaux qui s'écouleront des terrains « ainsi arrosés, sauf l'indemnité qui pourra leur « être due ». Enfin, aux termes de l'art. 3 : « la « même faculté de passage sur les fonds intermé- « diaires *pourra* être accordée au propriétaire « d'un terrain submergé en tout ou partie, à l'effet « de procurer aux eaux nuisibles leur écoulement ».

(1) Aix 5 juillet 1870 (S. 72. 2. 205).

Ces textes apportent, on le voit, une dérogation directe au principe de l'art. 640. Dans les conditions qu'ils indiquent le propriétaire inférieur est tenu de recevoir d'une part les eaux artificielles que le propriétaire supérieur juge à propos d'amener pour l'irrigation de son fonds, d'autre part les eaux qui, suivant la pente naturelle du sol, ne découleraient pas chez lui. Enfin le juge pourra obliger le propriétaire inférieur à recevoir les eaux d'un terrain submergé qui, ne trouvant pas d'écoulement suffisant, finiraient par causer un réel dommage au propriétaire supérieur. Il y a là une aggravation sérieuse de la servitude naturelle d'écoulement ; mais elle ne pourra être établie que sous réserve d'une indemnité.

La deuxième loi, qui a porté une nouvelle atteinte au principe de l'art. 640, est ainsi conçue dans son article 1^{er} : « Tout propriétaire qui veut assainir son « fonds par le drainage ou autre mode d'asséche-
« ment, peut, moyennant une juste et préalable
« indemnité, conduire les eaux souterraines ou à
« ciel ouvert, à travers les propriétés qui séparent ce
« fonds d'un cours d'eau ou de toute autre voie ». En vertu de ce texte, le propriétaire supérieur, qui veut assécher son fonds, est autorisé à modifier le mode d'écoulement naturel des eaux malgré le préjudice qui peut être causé au propriétaire inférieur, auquel il n'est dû qu'une indemnité. Là encore il y a aggravation de la servitude d'écoulement (1).

(1) A ces deux lois il convient d'en ajouter une troisième, la loi du 11 juillet 1847 qui autorise le voisin à appuyer sur la rive opposée les ouvrages nécessaires à l'établissement d'un barrage.

Mais, comme nous l'avons dit, ces lois sont spéciales, la première n'a en vue que de faciliter l'irrigation; quant à la seconde, elle n'a guère eu d'autre objet que d'étendre la faculté d'assèchement accordée par l'art. 3 de la loi de 1845 aux seules terres submergées (1). L'une et l'autre ne s'étaient préoccupées que du sort de l'agriculture (2). La Chambre des Requêtes, il est vrai, avait cru pouvoir décider que la loi de 1854 s'appliquait aux terrains exploités pour l'extraction des produits minéraux (3); mais cette jurisprudence était manifestement prétorienne et les cours d'appel, notamment celle de Paris, avaient refusé de suivre sur ce point la théorie de la Cour Suprême (4). La réforme était donc incomplète; il fallait la généraliser. C'est ce qu'a fait la loi du 8 avril 1898 en modifiant le texte de l'art. 644.

Étant donné ce que nous venons de dire, il est facile de se rendre compte du but poursuivi par la loi nouvelle. Le législateur a voulu assurer une liberté aussi complète que possible en ce qui concerne l'usage et la disposition de l'eau, sous la réserve de réparer le dommage causé à autrui (5).

(1) Voyez l'exposé des motifs (D. 54. 4. 97).

(2) Req. 29 juin 1859 (D. 59. 1. 415) Civ. cass. 8 avril 1872 (D. 72. 1. 168) Paris 5 mars 1889 (D. 90. 2. 293).

(3) Req. 6 juin 1887 (D. 87. 1. 315).

(4) Paris 5 mars 1889 (précité).

(5) « Dans la lutte pour la production pour le bon marché, « qui s'est établie entre toutes les nations du monde, il importe « que chacune d'elles, si elle veut vivre et posséder, puisse mettre « à profit toutes ses richesses naturelles et ne néglige aucun « moyen de les faire fructifier. Abandonner sans emploi des res-

Désormais par suite le propriétaire inférieur devra supporter certains travaux accomplis sur le fonds supérieur, alors même qu'il en éprouverait un préjudice appréciable ; il n'a plus que le droit de réclamer une indemnité.

La loi de 1898 a donc aggravé singulièrement la restriction au droit de propriété des riverains inférieurs. Mais néanmoins la modification n'a pas été aussi considérable qu'on pourrait le supposer. C'est qu'en effet l'ancien texte de l'art. 640 est demeuré intact. Après comme avant 1898, la règle générale est toujours la même : le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui rende plus onéreuse la servitude du fonds inférieur. Ce serait une erreur de croire, comme on l'a soutenu (1), que la loi de 1898 a étendu les principes des lois de 1845 et de 1854 à tous les cas non prévus par ces lois. En étudiant de plus près le nouvel art. 641, nous verrons que nous sommes loin encore d'une telle réforme.

Il est certain tout d'abord, et cela résulte de la rédaction même de ce texte, que l'art. 641 ne vise que les eaux qui se trouvent sur le fonds supérieur ou que le propriétaire en a fait jaillir par des sondages. De ceci il faut conclure que la réforme introduite par la loi de 1898 n'oblige pas le pro-

« sources agricoles et industrielles, c'est porter une véritable
« atteinte à la production générale, à la fortune publique. Nous
« devons réagir contre cet abandon et corriger résolument les
« dispositions légales qui peuvent avoir de pareilles conséquences ». Rapport de M. Cuvinot au Sénat, séance du 22 déc. 1882 (*J. Off. doc. parlem.* p. 104).

(1) Fuzier-Herman : *Répertoire v^o Eaux* n^o 65.

priétaire inférieur à recevoir des eaux autres que celles qui surgissent du fonds supérieur ou qui en découlent naturellement; qu'elle ne l'oblige pas, par exemple, à recevoir les eaux d'un cours d'eau que le propriétaire supérieur aurait détournées pour les amener sur son fonds, sauf bien entendu dans les hypothèses spécifiées par les lois de 1845 et de 1854.

Pour déterminer les cas dans lesquels le propriétaire supérieur est autorisé à aggraver la servitude qui grève le fonds inférieur, il faut distinguer d'une part les eaux qui coulent naturellement, d'autre part celles qui proviennent de sondages.

En ce qui concerne les premières, l'art. 644 oblige le propriétaire inférieur à subir les aggravations qui peuvent résulter soit de l'usage, soit de la direction donnée à ces eaux par le propriétaire supérieur, mais il faut se garder de croire que le droit de ce dernier soit sans limites.

Il est bien certain que le propriétaire supérieur pourra utiliser les eaux pour l'exercice de son industrie et cela malgré les inconvénients que cet emploi causerait au fonds inférieur (1). Néanmoins lui sera-t-il permis de les laisser couler après les avoir souillées ou corrompues? Nous ne le pensons pas et nous estimons que sur ce point la jurisprudence antérieure à 1898 et relative aux eaux ménagères et industrielles a conservé toute son autorité. Cela résulte très nettement des travaux préparatoires de la loi. Sur les observations faites par M. le sénateur

(1) Rapport de M. Maunoury *Ch. des dép.* 24 mars 1888 (*J. Off. doc. parlem.* p. 456),

Clément au sujet des inconvénients que présenterait l'aggravation provenant des eaux industrielles qui peuvent être « ou des eaux malsaines, ou des eaux fétides, ou des eaux stérilisantes », M. Cuvinot a répondu : « Il ne s'agit pas, je le répète, d'eaux ménagères, d'eaux malsaines, ni d'eaux provenant de canaux d'usine ». Il est impossible d'être plus catégorique et d'ailleurs le texte à lui seul est suffisant pour le faire décider ainsi. Il va de soi que les eaux souillées ne peuvent être imposées au propriétaire inférieur puisque la servitude d'écoulement, aggravée ou non, ne porte que sur les eaux pluviales et les eaux de source, c'est-à-dire sur les eaux naturelles et qu'une eau souillée ou contaminée n'est plus évidemment une eau naturelle (1).

Quant à l'aggravation, résultant, non plus de l'usage, mais du changement de direction donnée aux eaux pluviales et aux eaux de source, l'art. 644 nouveau permet au propriétaire supérieur de changer le cours naturel de ces eaux ; il pourra, par exemple, les recueillir dans des gouttières ou dans des canalisations et cela alors même que ces travaux occasionneraient un préjudice appréciable au fonds inférieur (2). Mais lui est-il permis, en dehors des hypothèses prévues par les lois de 1845 et de 1854, d'opérer sur son fonds des travaux destinés à faire couler ces eaux sur des fonds autres que ceux qui s'y trouvent assujettis par l'art. 640 ? Nous ne pensons pas que la loi nouvelle ait eu pour

(1) Lille 19 juin 1905 (*Pand. fr.* 06. 2. 34).

(2) Aubry et Rau : 15 éd. III § 240 p. 20.

résultat de lui donner ce droit. En effet, ainsi que le font remarquer Aubry et Rau (1), « décider le « contraire serait, non plus étendre la servitude « d'écoulement des eaux créée par le code civil, « mais instituer une servitude nouvelle ».

Cependant on a soutenu que, si le niveau d'un fonds se trouve inférieur par rapport à celui de l'autre fonds, les eaux ont la possibilité physique de s'écouler et que dès lors la servitude naturelle existe, au moins en puissance. Il ne peut donc jamais être question que d'aggravation de servitude et non pas de création (2). Quelque ingénieux que soit ce système, il ne nous paraît pas devoir être suivi. En effet l'art. 641 se réfère expressément à la « servitude naturelle d'écoulement établie par l'art. 640 ». Or il est difficile d'admettre que cet article ait eu pour but de sanctionner une servitude virtuelle.

Au fond ce que le législateur de 1898 a permis c'est uniquement une modification du cours des eaux pratiquée par le propriétaire supérieur, alors même qu'il en résulterait un préjudice pour le fonds inférieur; mais il n'est pas possible de donner au texte de l'art. 641 une portée plus considérable et d'autoriser notamment le propriétaire supérieur à amener sur le fonds inférieur des eaux qui n'y auraient jamais coulé naturellement (3).

(1) Aubry et Rau : *op. cit.* p. 21.

(2) Guilloud : *Modifications apportées aux art. 641, 642 et 643 du Code civil par la loi du 8 avril 1908*. Thèse Lyon 1903 p. 50.

(3) Lille 19 juin 1905 *précité*.

Comme on le voit, en ce qui a trait aux eaux pluviales et aux eaux de source qui jaillissent naturellement la modification apportée par la loi de 1898, n'a pas été aussi considérable que l'on pourrait le supposer. Avant cette loi les tribunaux reconnaissaient déjà que certains travaux étaient possibles à la condition de ne pas causer un préjudice sérieux au fonds inférieur. La loi nouvelle a eu pour but de supprimer cette condition. Désormais ces travaux sont permis moyennant le paiement d'une indemnité à la charge du propriétaire supérieur. C'est, nous semble-t-il, le sens qu'il convient d'attribuer aux paroles prononcées par M. Cuvinot, lorsqu'il disait : « Nous vous demandons purement et simplement d'introduire dans le texte de la loi ce que la jurisprudence a adopté ».

A l'inverse, s'il s'agit d'eaux provenant de sondages, la loi nouvelle a complètement innové. Comme l'indiquait M. Daviel, dans son traité des eaux, « l'art. 640 du Code civil n'obligeant le propriétaire inférieur à recevoir les eaux des fonds plus élevés qu'autant qu'elles en découlent naturellement et sans que la main de l'homme y ait contribué, il est manifeste que celui qui par des fouilles opérées sur son fonds a fait jaillir des eaux souterraines ne peut obliger son voisin à donner passage à ces eaux..... le propriétaire d'une source nouvellement découverte ou d'un puits artésien nouvellement creusé ne peut obtenir passage pour ces eaux que de la bonne volonté du voisin »,

L'art. 644 nouveau, dans son alinéa 4, a comblé cette lacune. Ce texte a pour but, ainsi que l'a précisé M. Cuvinot, de définir une faculté nécessaire et qu'il convient d'inscrire dans la loi, si l'on ne veut pas limiter le droit du propriétaire supérieur et si l'on veut encourager des entreprises d'une incontestable utilité.

Tels sont les cas dans lesquels le propriétaire supérieur est autorisé, d'après la loi de 1898, à aggraver la servitude d'écoulement. Mais, ainsi que nous l'avons déjà indiqué, l'art. 644 § 5 dispose que « les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenant aux habitations ne peuvent être assujettis à aucune aggravation de la servitude d'écoulement ».

Cette exception, qui se justifie d'ailleurs facilement, n'est que la reproduction exacte de la formule déjà employée dans les lois de 1845 et de 1854. Dans ces conditions, il est évident que le législateur de 1898 n'a pas voulu donner à ces expressions une autre portée que celle qui leur est reconnue pour l'application de ces deux lois ; s'il en était autrement, il aurait certainement pris soin de le dire.

On doit donc décider, comme on le fait quand on interprète les lois de 1845 et de 1854, que le mot « maisons » est pris ici dans son sens général ; il s'applique à tous les bâtiments et non pas seulement aux maisons d'habitation. Il faut entendre par ce mot toute construction, qu'elle soit ou non destinée au logement des hommes ou des animaux, tels que magasins, ateliers, fabriques, entrepôts,

etc.... quels que soient même son importance, la nature de ses matériaux et son état de conservation ou d'entretien (1).

Quant à l'expression « attenant aux habitations », elle se réfère non seulement au mot « enclos » qu'elle suit immédiatement, mais encore aux mots précédents : « cours, jardins, parcs ». « Le mot « enclos », dit M. Cuvinot, doit « être entendu dans un sens limité. Il implique la « pensée du domicile et ne s'étend pas au delà. Si « l'on élargissait trop le sens de l'expression, on « apporterait une restriction bien trop grande à « l'application de l'article ». Il est bien évident que, si le rapporteur a cru devoir limiter ainsi le sens du mot « enclos », il doit en être, à plus forte raison, de même pour les mots « cours, jardins et parcs » qui ont dans le langage courant une portée plus étendue. Il faut donc pour que ces cours, jardins et parcs soient affranchis du passage des eaux qu'ils soient attenant à une habitation, c'est-à-dire qu'ils forment la dépendance, non séparée par une propriété étrangère publique ou privée, d'un bâtiment habité ou destiné à l'habitation. Les mots « parcs et enclos » sont pris ici dans un sens moins large que dans l'art. 391 du Code pénal; ils correspondent plutôt au sens que l'on attache au terme de « maison habitée », qui se trouve dans l'art. 390 du même code.

Nous connaissons maintenant dans quels cas

(1) Demolombe: XI n° 224.

(2) Req. 14 avril 1868 (S. 68. 1. 287; D. 69. 1. 269) Nevers 31 déc. 1900 (D. 01. 2. 429).

l'art. 641 nouveau a permis au propriétaire supérieur d'aggraver la restriction au droit de propriété qui pèse sur le propriétaire du fonds inférieur, il ne nous reste plus qu'à dire un mot de l'indemnité à laquelle le propriétaire inférieur peut prétendre quand il est obligé de subir une aggravation.

La plupart du temps cette indemnité sera double. C'est que tout d'abord l'augmentation du volume des eaux pluviales aura pour effet d'agrandir le lit antérieur et par suite de ravir à la jouissance du propriétaire inférieur une plus grande partie de son terrain. Notons que cette privation de jouissance sera beaucoup plus appréciable encore si le propriétaire inférieur est obligé de recevoir les eaux venant d'un puits artésien et qui n'avaient jamais coulé sur son fonds. Mais à cette cause de préjudice vient s'en ajouter une seconde résultant des dégradations que ne manqueront pas d'occasionner les eaux coulant en plus grande abondance ou avec une force plus considérable.

Dans quels cas sera due cette indemnité? D'après M. Guilloud (1) il faudrait faire une distinction. Il y aurait toujours lieu à indemnité, alors même que le fonds inférieur ne subirait aucun préjudice, si l'aggravation provient soit de l'usage des eaux pluviales ou de sources naturelles, soit de la direction nouvelle qui leur est donnée; au contraire, si l'aggravation résulte de fouilles ou de sondages, l'indemnité ne serait due qu'en cas de dommages.

« Cette solution, écrit-il, dérive impérieusement de

(1) Guilloud (*loc. cit.* p. 52).

« la différence de rédaction du paragraphe 2 qui
« dit « une indemnité est due » et de celle du para-
« graphe 4, visant la seconde hypothèse d'aggra-
« vation, qui dit « mais ils ont droit à une indem-
« nité en cas de dommages ».

Quelque impérieuse que paraisse cette différence dans les termes, il ne nous semble pas possible de nous arrêter à un pareil argument de texte, qui ne se justifie aucunement par ailleurs. Cette manière de voir se heurte du reste à une impossibilité de fait. En effet toute indemnité est proportionnelle au dommage éprouvé. Si les juges étaient obligés de prononcer une condamnation à des dommages-intérêts alors qu'aucun préjudice n'a été subi, sur quelle base pourraient-ils fixer un quantum ? Il faut donc décider que, si par hasard le propriétaire inférieur n'éprouvait aucune gêne sérieuse du fait de l'aggravation, il n'aurait droit à aucune indemnité.

§ 2. — Passage forcé.

L'une des conséquences essentielles du droit de propriété c'est de permettre au propriétaire de s'opposer à ce que personne ne pénètre chez lui.

Néanmoins le législateur a été obligé d'apporter à cette règle absolue une exception. En effet il peut se trouver des cas où un fonds par suite d'un manque d'issue ne pourrait être utilisé. C'est cette situation intolérable qui a motivé l'art. 682 aux termes duquel
« le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui
« n'a sur la voie publique aucune issue ou qu'une
« issue insuffisante pour l'exploitation, soit agricole,

« soit industrielle, de sa propriété, peut réclamer
« un passage sur les fonds de ses voisins, à la
« charge d'une indemnité proportionnée au dom-
« mage qu'il peut causer ».

Ce texte constitue bien une restriction au droit de propriété; en effet, que le propriétaire le veuille ou non, toutes les fois que son voisin sera enclavé, il devra, non seulement l'autoriser à passer sur son fonds, mais, ce qui est une atteinte bien plus considérable à son droit, il devra lui concéder un droit de passage, c'est-à-dire supporter sur son fonds et ce à tout moment une véritable servitude (1).

Il est donc intéressant de rechercher dans quels cas on devra considérer un fonds comme enclavé, au sens de l'art. 682.

(1) Ce droit qui appartient au voisin enclavé d'obtenir un passage sur les fonds voisins ne saurait être confondu avec le droit de passage prévu par la loi du 20 août 1881 (art. 33 et suiv.) et qui s'exerce sur les chemins ou sentiers dits d'exploitation. En l'absence de titres, ces chemins sont en effet présumés appartenir aux propriétaires riverains chacun en droit soi. Le droit qui appartient à ces derniers de se servir de l'ensemble du chemin pour l'exploitation de leur fonds constitue bien une servitude de passage sur les portions qui sont au droit des autres, mais cette servitude n'est pas subordonnée à l'état d'enclave; elle n'a donc rien de commun avec celle de l'art. 682.

Le droit de passage pour cause d'enclave ne ressemble pas davantage au droit qu'exercent les copropriétaires d'un chemin commun ou de ces chemins que l'art. 83 de la Coutume de Normandie appelait des *sentes pour le roisiné*. (Sur les caractères de ces *sentes pour le roisiné*, voyez Rouen 7 févr. 1861; *Rec. Rouen* 61. 136. Caen 18 juill. 1864; *Rec. Caen* 64. 220. — 14 févr. 1855 et 11 févr. 1841; *Rec. Caen* 55. 178. — 6 mars 1847; *Rec. Caen* 47. 100. — 28 nov. 1846; *Rec. Caen* 46. 632. — 1^{er} déc. 1845; *Rec. Caen* 46. 37.)

Remarquons tout d'abord que « le passage que la loi accorde est un passage de nécessité et non un passage d'utilité, encore bien moins un passage de commodité ou d'agrément » (1). Aussi l'enclave qui permet au voisin de réclamer un passage doit être *nécessaire* et non pas *volontaire*. Elle doit résulter d'un fait qui lui soit étranger et qu'il n'ait pu empêcher, tel qu'un cas fortuit ou le fait du prince. Il en est ainsi; par exemple, d'un éboulement de terrain, qui change la configuration du sol et en modifie le niveau, du changement de lit d'une rivière, de la suppression ou du redressement d'une route (2).

Dès lors le propriétaire qui se serait privé d'une issue qu'il possédait et qui lui suffisait n'aurait qu'à s'en prendre à lui de cette situation qu'il aurait créée par son fait et il ne pourrait exiger de son voisin que celui-ci lui concède sur son fonds un droit de passage (3).

Il en est encore de même, dit l'art. 684, modifié par la loi de 1881, « si l'enclave résulte de la division d'un fonds par suite d'une vente, d'un échange, d'un partage ou de tout autre contrat ». Dans ce cas, ajoute ce texte, le passage ne pourra être demandé que sur les terres qui ont fait l'objet de ces actes, à moins cependant que les fonds divisés ne puissent fournir un passage suffisant (4).

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau: *Des biens* n° 1045.

(2) Paris 18 nov. 1869 (D. 71. 2. 72; S. 70. 2. 166) Alger 15 juin 1867 (D. 71. 2. 90; S. 68. 2. 180).

(3) Req. 16 mars 1870 (D. 70. 1. 421; S. 70. 1. 192) *Comp. Req.* 30 janv. 1884 (S. 86. 1. 343; D. 84. 1. 364).

(4) Le code civil de 1804 ne prévoyait pas ce cas; mais la loi

Mais il est bien certain que l'art. 684 ne recevra son application que si les fonds divisés possédaient une issue au moment où les actes ont été passés. Si ces fonds étaient eux-mêmes enclavés, on reste évidemment dans l'hypothèse de l'art. 682 (1). On doit admettre également que, si le passage par les fonds divisés est devenu insuffisant, il pourra être exercé sur d'autres fonds et cela quand bien même l'assiette de la servitude aurait été fixée dans l'acte : ce serait en effet méconnaître l'intention des parties que d'appliquer une convention si les conditions dans lesquelles elle a été conclue viennent à changer.

Par suite, que le voisin ait supprimé un passage existant ou bien qu'il ait négligé d'en réclamer un au moment où il a contracté avec des tiers, dans tous ces cas il est enclavé par sa faute et n'est pas autorisé à exiger de son voisin un passage lui permettant d'accéder à la voie publique; ce droit ne lui est accordé et le droit de propriété du voisin ne subit d'atteinte que si l'enclave est naturelle.

Quand donc y aura-t-il enclave naturelle, c'est-à-dire en réalité quand le voisin pourra-t-il

de 1881 n'a fait que consacrer sur ce point la jurisprudence antérieure Req. 27 avril 1868. (D. 68. 1. 337). En effet les copartageants se doivent garantie. Or le propriétaire qui, par suite du défaut de passage, se trouve dans l'impossibilité d'exploiter son fonds, peut à bon droit se prétendre évincé. Les mêmes considérations se retrouvent en cas de vente, renforcées même par l'art. 1615 qui oblige le vendeur à livrer à l'acheteur tout ce qui est destiné à son usage. Req. 6 janv. 1890 (D. 90. 1. 63) Orléans 26 oct. 1889 (D. 91. 2. 122).

(1) Req. 27 avril 1868 *précité*.

réclamer un droit de passage sur les fonds limitrophes?

L'art. 682 répond à cette question par la définition qu'il donne de l'enclave, dont il proclame l'existence quand le fonds est sans issue sur la voie publique (1) ou bien quand cette issue est insuffisante.

Examinons successivement ces deux hypothèses.

Il est bien certain que le propriétaire dont le fonds aboutit à un chemin privé, sur lequel il n'a pas le droit de passer, peut se prétendre enclavé à juste titre (2). Mais doit-on considérer comme privé d'une issue le propriétaire d'un fonds qui a obtenu à titre de tolérance l'autorisation de passer sur un chemin privé ne lui appartenant pas, ou qui utilise un passage exercé en vertu d'un titre contestable?

MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau (3) enseignent l'affirmative par ce motif, disent-ils, qu'un simple caprice du voisin peut d'un jour à l'autre faire disparaître cette issue et qu'il n'est pas admissible que le droit créé par l'art. 682 existe ou n'existe pas suivant qu'il plaira ou non au propriétaire d'un chemin d'y laisser circuler son voisin.

Cette opinion est restée isolée: non seulement la jurisprudence ne l'a jamais admise, mais la doctrine est également en sens contraire. Le propriétaire qui use d'un passage lui permettant d'accéder à la voie

(1) Sur ce qu'il faut entendre ici par voie publique, voyez Poitiers 5 mars 1891 (S. 92. 2. 47; D. 91. 2. 319).

(2) Req. 7 mai 1907 (*Pand. fr.* 07. 1. 229).

(3) Baudry-Lacantinerie et Chauveau: *Des biens* p. 757 n° 1047.

publique ne peut en effet se prétendre enclavé. En vain, dit-on que, ce passage n'existant qu'à titre de tolérance, il pourra toujours lui être refusé ou contesté. Qu'importe cette éventualité possible. Tant qu'elle ne se sera pas produite et que par suite le propriétaire pourra passer librement, la demande qu'il formera devra être écartée comme prématurée (1).

Que décider si le propriétaire qui réclame un passage est voisin d'un terrain dépendant du domaine public, peut-il se prétendre enclavé? La question ne se pose pas évidemment pour les lieux publics communaux qui sont affectés à la circulation générale; mais quid de ceux qui sont destinés à des services publics, aux dépendances d'une mairie, par exemple, ou des biens communaux proprement dits? Le propriétaire auquel son voisin réclame un droit de passage peut-il s'y refuser en soutenant qu'il n'y a pas enclave? Nous ne le pensons pas. En effet de ce qu'un bien est abandonné à la jouissance de tous il ne s'ensuit pas que l'on peut en user à son gré et notamment y passer librement (2). Néanmoins il va de soi que si ces terrains communaux étaient des places vides, des charrières, comme

(1) Aubry et Rau: § 243 p. 45 texte et note 10; Demolombe: xii n° 606; Paris 7 nov. 1895 (S. 96. 2. 168; D. 96. 2. 23) Req. 15 juill. 1875 (S. 75. 1. 419; D. 77. 1. 127) Req. 27 févr. 1839 (S. 39. 1. 493) Cass. belge 26 oct. 1882 (D. 83. 2. 103) Bordeaux 15 janv. 1835 (S. 36. 2. 331). Il est bien évident que, le jour où le passage toléré serait devenu impraticable, le propriétaire pourrait alors se prétendre enclavé. Pau 19 mai 1884 (D. 86. 2. 48).

(2) Riom 8 mars 1888 (D. 90. 2. 58); Demolombe: xii n° 606.

il s'en rencontre quelquefois aux abords de certaines rues dont ils forment en quelque sorte l'accessoire, l'art. 682 ne pourrait pas alors être invoqué par le propriétaire riverain pour réclamer un passage sur d'autres propriétés et qu'il devrait se contenter de passer sur ces terrains (1).

Mais, avons-nous dit, alors même que le voisin posséderait une issue sur la voie publique, il pourrait encore se prétendre enclavé, si cette issue était insuffisante pour l'exploitation agricole et industrielle de son fonds.

Ce second cas d'enclave est une innovation apportée par la loi du 20 août 1881. L'ancien article 682 n'accordait le droit de passage qu'en l'absence d'issue, mais la jurisprudence et la doctrine avaient déjà, bien avant 1881, donné au texte une interprétation très large, que le législateur moderne s'est borné à consacrer (2). C'est qu'en effet l'issue insuffisante équivaut à une absence d'issue et entraîne les mêmes inconvénients (3).

La nouvelle rédaction a bien eu pour résultat d'arrêter la discussion de principe, mais elle n'a pu faire disparaître les difficultés pratiques d'application. Tout comme auparavant on peut être appelé tous les jours à se demander ce qu'il faut entendre par une issue insuffisante.

(1) St-Flour 25 mai 1898 (D. 99, 2, 41).

(2) Req. 13 juill. 1880 (S. 81, 1, 72). — 14 mai 1879 (S. 79, 1, 254).

(3) Voy. le rapport de M. Leroy à la Ch. des députés (D. 82, 1, 9).

La réponse à cette question dépend avant tout de considérations de fait et sur ce point le législateur a bien été obligé de s'en remettre à l'appréciation des tribunaux (1). C'est dans l'examen du terrain, dans la constatation des travaux à faire pour faciliter l'accès, dans la connaissance des modes ordinaires d'exploitation que les juges devront puiser les éléments de leur jugement. Aucune règle précise ne saurait être formulée et l'on ne peut sur ce point qu'indiquer, à titre d'exemples, les motifs de décision les plus communément adoptés par la jurisprudence.

D'une façon générale on reconnaît qu'un chemin public devenu simplement incommode ne doit pas être considéré comme un passage insuffisant (2). Il en coûte moins alors au voisin qui se prétend enclavé de souffrir cette incommodité qu'il n'en coûterait au propriétaire de consentir sur son fonds l'exercice d'une servitude.

Celui-ci n'est donc tenu de donner un droit de passage à son voisin que si l'accès sur la voie publique est impraticable (3).

Néanmoins, pour reconnaître au voisin le droit d'exiger un passage, il n'est pas absolument nécessaire qu'il justifie d'une impossibilité physique, une impossibilité morale pourra suffire. Ainsi en serait-il si le voisin était obligé, pour supprimer l'impos-

(1) Req. 10 janv. 1893 (*Pand. fr.* 94. 1. 344). — 27 avril 1881 (S. 81. 1. 295). — 17 janv. 1882 (D. 82. 1. 416).

(2) Req. 4 juin 1866 (D. 67. 1. 110).

(3) Besançon 23 mai 1828 et Rouen 16 juin 1835 (*Dalloz: Répert. v° Servitudes* n° 819).

sibilité d'accéder à la voie publique, de faire une dépense hors de toute proportion avec les bénéfices qu'il peut retirer de son fonds (1).

Cette interprétation large se justifie d'ailleurs parfaitement. En effet la loi du 3 mai 1844, qui autorise l'expropriation pour cause d'*utilité* publique, n'exige pas qu'il y ait *nécessité*. Il est vrai que dans ce cas l'intérêt public est en jeu, alors qu'ici l'intérêt privé apparaît seul. Mais il ne faut pas oublier que nous ne sommes pas en présence d'une expropriation véritable, il s'agit seulement de l'établissement d'une servitude. L'atteinte portée par l'art. 682 est considérablement moins grave que celle qui est portée par la loi de 1844. Dans ces conditions il est bien permis de ne pas se montrer plus rigoureux dans une hypothèse que dans l'autre. D'autre part les servitudes établies en vue de l'irrigation et du drainage ne présentent pas non plus un caractère de nécessité absolue. « Elles indiquent une tendance
« du législateur à restreindre le droit de propriété
« de chacun pour la simple utilité de son voisin et
« c'est suivre cette tendance d'appliquer l'art. 682
« même au cas de simple impossibilité morale (2) ».

Telles sont donc d'après la jurisprudence les conditions de l'enclave légale: il faut que l'accès sur la voie publique soit impossible; une simple incommodité ne permet pas de se prétendre enclavé, à moins

(1) Voyez sur ce point le rapport de M. le conseiller Mesnard (D. 46. 1. 325) Laurent: viii n° 80, Caen 30 déc. 1882 (*Rec. Caen* 83. 27). — 16 mars 1861 (*Rec. Caen* 61. 142).

(2) Noyelle: *Des restrictions apportées au droit de propriété dans l'intérêt privé*, Thèse Paris 1902 p. 122.

toutefois qu'il ne faille, pour la faire disparaître, des travaux considérables et nullement en rapport avec la valeur du fonds.

C'est ainsi que les tribunaux ont décidé que le fait par le voisin d'être obligé de traverser un cours d'eau n'est pas à lui seul constitutif de l'enclave (1).

Il en est de même de la déclivité de l'accès. Suivant les circonstances elle peut ou non, d'après son importance, être considérée comme une cause d'enclave (2). On ne saurait donc poser en règle, comme on l'a jugé (3), que la pente ne doit pas dépasser 10 cent. par mètre. Que l'administration des Ponts et Chaussées, dont l'autorité était invoquée, considère une telle pente comme excessive, c'est possible. Mais les nécessités d'une circulation générale et à longue distance n'ont rien de commun avec l'effort à faire pour franchir un accès qui n'a pas une très grande longueur.

Recherchons maintenant pour quel genre d'exploitation le passage peut être réclamé.

Le but du législateur, ainsi que nous l'avons indiqué, est de faciliter aux propriétaires le moyen de retirer de leurs héritages toute l'utilité qu'ils peuvent produire. Aussi, même sous l'empire de

(1) Bastia 2 août 1854 (S. 54. 2. 573; D. 56. 2. 281) Req. 17 janv. 1882 (D. 82. 1. 416) Poitiers 13 mars 1889 (D. 90. 2. 109) Alger 9 nov. 1895 (D. 96. 2. 382) Comp. Caen 23 janv. 1880 (*Rec. Caen* 80. 153).

(2) Req. 30 janv. 1884 (S. 86. 1. 343; D. 84. 1. 364) Caen 16 mars 1861 (D. 61. 2. 167. *Rec. Caen* 61. 142).

(3) Req. 14 avril 1852 (D. 52. 1. 164).

l'ancien article 682, la jurisprudence, d'accord avec la majorité des auteurs, avait-elle estimé que le voisin enclavé pouvait exiger un passage aussi bien dans l'intérêt de l'agriculture que de l'industrie, pour l'exploitation d'une tourbière ou d'une carrière, par exemple (1). Sur ce point encore la loi nouvelle n'a fait que consacrer l'interprétation antérieure.

Mais, à part quelques lois spéciales qui ont obligé le propriétaire à laisser son voisin passer *momentanément* sur son fonds (2), celui-ci ne peut réclamer une véritable servitude de passage que pour les besoins de sa culture et de son industrie. Il ne pourrait notamment, en invoquant l'art. 682, faire passer des ouvriers sur le fonds d'autrui pour procéder aux réparations de son immeuble construit à fin d'héritage. Cette hypothèse n'a en effet rien de commun avec celles que prévoit notre texte. Il s'agit là d'ailleurs d'une enclave volontaire, car, en bâtissant, les propriétaires doivent prendre leurs précautions et se réserver un passage sur leurs fonds. S'ils ne l'ont pas fait, c'est à leurs risques et périls, et ils doivent, dans la rigueur des principes, en supporter les conséquences (3).

Sous la législation antérieure au code civil, plusieurs coutumes avaient admis ce droit, qui était

(1) Req. 7 mai 1879 (D. 79. 1. 460; S. 80. 1. 73).

(2) Voyez, à titre d'exemple, l'art. 9 de la loi du 4 avril 1889 qui autorise le propriétaire d'un essaim d'abeilles à s'en ressaisir sur les propriétés voisines tant qu'il n'a pas cessé de le suivre.

(3) Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 929; Laurent : VIII n° 117; Poitiers 17 févr. 1875 (D. 77. 2. 8; S. 75. 2. 233) Bordeaux 21 janv. 1882 (S. 82. 2. 112; D. 84. 2. 96).

connu sous le nom de servitude d'échelage ou de tour d'échelle, mais, la loi nouvelle ayant gardé le silence sur ce point, le droit de passer pour ce motif ne peut plus exister aujourd'hui, du moins à titre de servitude légale, mais seulement en vertu d'une convention spéciale (1). C'était également la solution en vigueur sous la coutume de Normandie, qui admettait le principe « nulle servitude sans titre » (2).

Cette règle, d'après laquelle celui qui construit un bâtiment à la limite extrême de son héritage ne peut obtenir un droit de passage sur le fonds de son voisin, est absolue et ne comporte aucune exception. Peu importé que le mur à réparer soit mitoyen; peu importe aussi que l'on soit dans un endroit de clôture forcée. En effet, si le mur est mitoyen, chacun des copropriétaires réparera le côté qui le joute, il n'y a pas de nécessité de passer de l'un chez l'autre; s'il ne l'est pas, le propriétaire n'a qu'à s'en prendre à lui de l'impossibilité où il se trouve de procéder aux réparations et cela, quand bien même on serait dans un endroit de clôture

(1) Demolombe: XI n° 423 Caen 18 janv. 1866 (*Rec. Caen* 66. 27). Néanmoins, dans les pays où elle était reconnue par la coutume, la servitude de tour d'échelle continue à grever les bâtiments dont la construction est antérieure au code civil (arg. art. 2 C. civ.) Civ. cass. 29 juill. 1889 (S. 89. 1. 377; D. 90. 1. 109) Pau 26 févr. 1890 (D. 91. 2. 115).

(2) Lorsqu'un titre établissant la servitude n'indique pas son étendue, l'usage était généralement de la fixer à un mètre. C'est encore aujourd'hui cette mesure que l'on doit prendre. Caen 17 déc. 1889 (S. 91. 2. 38 *Rec. Caen* 90. 191) Rouen 31 mai 1869 (*Rec. Rouen* 69. 160) Amiens 13 mai 1886 (D. 89. 2. 203) Voy. toutefois Caen 16 avril 1859 (*Rec. Caen* 59. 191) *Addo*: Toulouse 13 juill. 1904 (S. 05. 2. 69).

forcée, car nous avons vu que, dans les villes et les faubourgs, comme partout ailleurs, le propriétaire n'est pas obligé de construire à la limite extrême (1).

Ajoutons cependant qu'en pratique on admet généralement que, si un propriétaire ne peut exécuter les réparations nécessaires à son immeuble sans pénétrer sur le fonds voisin, il pourra obtenir, moyennant indemnité, l'autorisation de passer, mais le voisin ne sera jamais contraint que de donner une autorisation momentanée et sans qu'il puisse en résulter une servitude au préjudice de son fonds (2).

Revenons aux hypothèses prévues par l'art. 682, c'est-à-dire au cas d'exploitation industrielle ou agricole.

On s'est demandé si ce texte s'appliquait à la partie souterraine des fonds, si le propriétaire d'une carrière pouvait se faire concéder un droit de passage à travers les galeries d'une carrière voisine.

M. Laurent a répondu affirmativement. D'après lui, l'art. 682 établit une règle générale qui s'ap-

(1) *Contrà*: Marcadé: sous l'art. 682; Bordeaux 24 janv. 1882 *précité* (motifs).

(2) Aubry et Rau: III § 238 note 10 *in fine*; Bordeaux 20 déc. 1836 (S. 38. 2. 131) Trib. Lyon 29 nov. 1901 (*Le Droit* 17 janv. 1902) *Contrà*: Baudry-Lacantinerie et Chauveau: *Des biens* n° 929; Laurent: VIII n° 123. Comparez sur ce point l'art. 904 du code civil allemand ainsi conçu: « Le propriétaire d'une chose n'est pas fondé à interdire l'entreprise d'un tiers lorsque celle-ci est nécessaire pour écarter un danger actuel et que le dommage dont le tiers est menacé est hors de toute proportion avec celui qui est infligé au propriétaire. Le propriétaire peut demander réparation du dommage qu'il subit ».

plique à tous les genres de propriété foncière « sans
« qu'il y ait à distinguer si elle est exploitée à
« ciel ouvert ou au moyen de galeries souter-
« raines ». En invoquant l'esprit de la loi nouvelle
qui autorise la servitude de passage pour l'exploita-
tion *industrielle* des fonds enclavés, MM. Baudry-
Lacantinerie et Chauveau estiment même que l'opi-
nion contraire ne se comprend plus aujourd'hui (1).

En présence des termes de l'art. 682, nous ne
pouvons pas admettre ce système qui, en pratique
évidemment, serait très désirable. Le texte parle
en effet du propriétaire qui, n'ayant pas d'issue sur
la voie publique, réclame un passage *sur* les fonds
voisins. Ce passage ne peut donc s'exercer qu'*au-
dessus* de ces fonds et non *en dessous*. Et qu'on ne
vienne pas dire que l'art. 682 a statué *de eo quod
plerumque fit*, car en cette matière tout est de droit
étroit; pour admettre une dérogation aussi directe
au principe que le propriétaire du sol est maître du
dessus et du dessous, il faut une disposition formelle
de la loi et cette disposition ne se trouve nulle
part (2).

Pour les mêmes motifs nous estimons que la ser-
vitude de passage doit être pratiquée directement
sur la surface du sol. Nous n'admettons pas qu'un
propriétaire, en invoquant l'art. 682, puisse obtenir

(1) Laurent: VIII n° 90; Baudry-Lacantinerie et Chauveau:
Des biens n° 1032; Chambéry 10 janv. 1863 (D. 63. 2. 175; S. 63.
2. 237).

(2) Req. 10 nov. 1891 (S. 93. 1. 341; D. 92. 1. 83) Amiens
2 févr. 1854 (D. 54. 2. 232) Nancy 4 juill. 1885 (S. 87. 2. 115)
Orléans 27 nov. 1885 (D. 86. 2. 251).

un passage aérien, destiné, par exemple, à l'établissement d'un câble porteur (1).

Nous connaissons dans quels cas et pour quels besoins le propriétaire peut être contraint par son voisin de lui reconnaître un droit de passage. Supposons donc le passage concédé; sera-t-il possible de l'augmenter, autrement dit, sera-t-il permis au voisin d'aggraver la servitude une fois qu'il l'a obtenue? Voici comment cette question peut naître.

Quand le voisin enclavé a réclamé un passage, son fonds était, par exemple, en nature de prairie, puis il vient à le transformer en une terre labourable, ou bien sur ce fonds, jusque-là exploité en culture, le voisin découvre une carrière et veut en tirer parti. Dans ces deux cas et tous autres semblables le passage primitivement concédé va très probablement se trouver insuffisant. Le voisin pourra-t-il alors demander une extension de la servitude? Sur ce point il ne saurait y avoir de difficulté et tout le monde s'accorde à reconnaître que, suivant les nécessités actuelles de l'exploitation du fonds, le voisin a le droit d'exiger une extension de la servitude proportionnelle aux besoins nouveaux de son héritage. Comme le dit fort bien M. Laurent, « on ne peut pas lui objecter qu'il aggrave la condition du fonds servant, car la servitude légale de passage n'est pas limitée par les nécessités qui existent au moment où pour la première fois elle est réclamée; c'est une servitude dont l'étendue

(1) Un jugement du tribunal civil de St-Jean-de-Maurienne du 21 nov. 1901 (D. 06. 2. 37) a cependant décidé le contraire.

« dépend des besoins variables des propriétés enclavées » (1). Néanmoins il faut évidemment que les nécessités soient réelles et actuelles ; une éventualité plus ou moins probable ne saurait suffire ; ainsi on ne pourrait, sous prétexte d'enclave, réclamer une servitude de passage pour le service d'un bâtiment qui n'est qu'en projet (2).

Notons que dans ces hypothèses le voisin enclavé ne peut exiger un passage que sur l'emplacement de l'assiette existante, à moins que le propriétaire n'indique de lui-même un autre endroit moins dommageable pour lui (3).

Une seconde question se pose, celle-là fort discutée : la cessation de l'enclave entraîne-t-elle l'extinction de la servitude ? Ainsi le propriétaire enclavé achète un immeuble qui le jouxte d'un bout et qui à une autre extrémité rejoint la voie publique, ou bien un chemin est ouvert le long de son terrain, ou bien encore des travaux sont faits par l'administration qui ont pour résultat de donner un accès sur la voie publique. Faut-il alors décider que le propriétaire pourra recouvrer son terrain libre de toute servitude ?

La réponse qui vient naturellement à l'esprit est la suivante : la cause du droit disparaissant, le droit

(1) Laurent : *viii* n° 91 ; Aubry et Rau : *iii* § 243 p. 46 ; Orléans 27 nov. 1885 (D. 86. 2. 251) Caen 16 avril 1859 (S. 59. 2. 199 ; D. 59. 2. 652). — 6 janv. 1864 (*Rec. Caen* 64. 40) Civ. rej. 8 juin 1836 (S. 36. 1. 453).

(2) Toulouse 14 mai 1864 (S. 65. 2. 93 ; D. 64. 2. 182).

(3) Caen 10 janv. 1861 (*Rec. Caen* 61. 139 ; D. 61. 2. 166) Comp. Caen 6 janv. 1861 *précité*.

doit disparaître également. On n'admet en effet le passage qu'en cas de nécessité absolue et non pour un simple motif de commodité. Décider que le droit de passage subsiste à l'enclave, ce serait transformer une servitude légale nécessaire en une servitude établie par le fait de l'homme et dans un intérêt de commodité (1).

Ce raisonnement n'a pas paru décisif à M. Demolombe et cet auteur enseigne une doctrine diamétralement opposée. Il fait d'abord remarquer que les servitudes sont de leur nature perpétuelles et qu'elles ne s'éteignent que dans les cas prévus par les art. 703 et suiv. Or, dans cette liste ne figure pas la cessation de l'enclave. En second lieu, dit M. Demolombe, « c'est abuser de la maxime *cesse sante causa, cessat effectus* que de prétendre « y trouver un moyen d'extinction pour cette servitude ». La cause immédiate de la servitude n'est pas dans l'enclave, elle est dans la loi ; l'état d'enclave n'est que la condition de son exercice, c'en est seulement le « motif occasionnel » pour nous servir de son expression (2).

C'est cette doctrine que la Cour Suprême n'a jamais cessé d'admettre (3) et nous croyons qu'en définitive elle a raison. C'est qu'en effet l'opinion

(1) Aubry et Rau : III § 243 note 34 ; Laurent : VIII n° 110 ; Lyon 15 mars 1869 (D. 69. 2. 49) Paris 20 nov. 1865 (S. 66. 2. 4).

(2) Demolombe : XII n° 642 ; Féraud-Giraud : *Traité des voies rurales* II n° 789 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 1050.

(3) Civ. cass. 24 nov. 1880 (D. 81. 1. 71 ; S. 81. 1. 222). — 21 avril 1875 (S. 75. 1. 304). — 26 août 1874 (S. 74. 1. 460) Req. 19 janv. 1848 (S. 48. 1. 193 ; D. 48. 1. 5). — 17 juil. 1906 (S. 08. 1. 307).

contraire est de nature à soulever en pratique des difficultés interminables sur la restitution de l'indemnité, lorsque celle-ci a consisté, ce qui arrive le plus souvent, en une somme versée une fois pour toutes. Le propriétaire, dont le fonds est dégrevé, devra-t-il restituer toute l'indemnité ou une partie seulement sous le prétexte que, pendant le temps où le passage a été exercé, il a subi un préjudice ? D'autre part, pour obtenir cette restitution, il devra prouver qu'une indemnité lui a été versée. Or, si le passage s'exerce depuis plus de 30 ans, devra-t-on considérer cette circonstance comme une présomption de paiement ? Nous ne nous attarderons pas davantage sur ces questions délicates. Il nous a suffi de les soulever pour montrer combien le système de M. Demolombe est plus simple en pratique que l'opinion de MM. Aubry et Rau. C'est d'ailleurs celui qui est le plus conforme aux principes du droit, car toute servitude une fois acquise par prescription ou autrement devient un accessoire du fonds, au profit duquel elle se trouve reconnue.

Le propriétaire est donc obligé de concéder sur son terrain un droit de passage à son voisin dont le fonds est enclavé, et, même si l'enclave vient à cesser, son droit de propriété continuera à subir l'atteinte du voisin.

Comme on le voit, la restriction apportée par l'art. 682 au droit du propriétaire est des plus onéreuses. Elle est du reste générale et absolue. Tous les fonds qui forment l'enclave sont soumis indépendamment de leur nature juridique et de leur destination à la servitude légale de passage. Il

est bien certain en effet qu'étant, comme nous l'avons dit, une servitude de nécessité établie par la seule force de la loi, elle peut grever même les propriétés inaliénables, telles qu'un fonds dotal (1) ou un fonds dépendant du domaine public (2). D'autre part il est également incontestable que cette servitude grève les héritages clos, les cours, jardins et parcs; l'exemption prévue par l'art. 644 n'est pas en effet reproduite ici.

Néanmoins il ne faudrait pas exagérer outre mesure la portée de l'art. 682. C'est ainsi notamment que le voisin enclavé n'est pas libre de déterminer à sa guise l'endroit par lequel le passage devra s'effectuer. L'art. 683 vient en effet tempérer de façon équitable ce que l'art. 682 pouvait avoir d'excessif. Aux termes de ce texte, « le passage doit régulièrement être pris du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé à la voie publique » et « il doit être fixé dans l'endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé ». De ces deux conditions la seconde est la seule qui doit être considérée comme impérative. L'essentiel en effet est de causer le moins de préjudice possible au propriétaire qui est obligé de concéder le passage; la question de distance à parcourir ne doit être examinée qu'en second lieu. Cette solution,

(1) Civ. cass. 17 juin 1863 motifs (S. 63. 1. 360; D. 64. 1. 140) Civ. rej. 20 janv. 1847 motifs (S. 47. 1. 129; D. 47. 1. 110) Aubry et Rau : III § 243 note 17.

(2) Caen 1^{er} déc. 1845 (S. 46. 2. 128; D. 49. 2. 5) Montpellier 18 janv. et 20 déc. 1865 sous Cass. 11 nov. 1867. (S. 68. 1. 30) Laurent : VIII n° 92; Aubry et Rau : III § 243 note 16 p. 28.

qui ressort de l'esprit et du texte de la loi, a d'ailleurs été consacrée par la Cour Suprême (1).

D'un autre côté le propriétaire qui doit le passage conserve la jouissance du terrain qui constitue l'assiette de la servitude (2). Il a été décidé notamment que le propriétaire d'une cour grevée d'une servitude de passage peut faire couvrir cette cour à la condition que la couverture ne porte pas atteinte au libre exercice de la servitude (3).

Le propriétaire du fonds grevé conserve également la faculté de se clore pourvu qu'il ne rende pas le passage trop difficile. Il peut, par exemple, faire placer une barrière ou une porte à l'entrée du passage et en remettre les clefs au voisin enclavé. Il pourra user de ce droit plus ou moins complètement suivant l'usage auquel est destiné le passage : ce n'est plus là qu'une question de fait (4).

Enfin, si le propriétaire est obligé de concéder une servitude de passage à son voisin enclavé, la loi lui donne droit en retour à une indemnité, qui devra, dit l'art. 682, être proportionnée au dommage causé. Ce principe paraît général et cependant un

(1) Req. 7 nov. 1906 (S. 07. 1. 16). — 14 avril 1904 (S. 05. 1. 266) et les renvois. *Addé* : Rouen 8 nov. 1899 (*Rec. Rouen* 99. 261) Caen 6 janv. 1864 (*Rec. Caen* 64. 40).

(2) Req. 3 nov. 1897 (D. 98. 1. 298; S. 98. 1. 335).

(3) Req. 27 oct. 1890 (S. 91. 1. 28) *Addé* : Aix 19 janv. 1855 (S. 56. 2. 666) Caen 9 avril 1859 (*Rec. Caen* 59. 232). — 24 janv. 1865 (*Rec. Caen* 65. 30).

(4) Rouen 9 déc. 1905 (*Rec. Rouen* 05. 246). — Caen 20 janv. 1891 (D. 92. 2. 176; *Rec. Caen* 91. 55) et les renvois. Caen 30 juin 1877 (*Rec. Caen* 77. 277) Coutances 29 mars 1898 (*Rec. Caen* 01. 139) Comp. Caen 11 août 1860 (*Rec. Caen* 60. 222).

parti important dans la doctrine estime que, l'indemnité étant due seulement suivant l'étendue du dommage causé, le propriétaire n'a droit à rien si la servitude ne lui cause aucun dommage, lorsqu'il s'agit, par exemple, de passer sur un terrain vague (1). Nous ne saurions admettre ce système. Certes nous reconnaissons volontiers qu'il ne peut y avoir lieu à indemnité que s'il y a dommage éprouvé ; mais ici il y aura toujours un dommage. L'asservissement perpétuel d'un fonds à un autre entraîne à lui seul une atteinte au droit du propriétaire ; cette atteinte, si minime soit-elle dans certains cas, diminue quand même la valeur du fonds et cette dépréciation est un dommage (2).

Une indemnité est donc due dans tous les cas, mais quand doit-elle être versée, faut-il qu'elle soit préalable ? Sur ce point il y a encore divergence d'opinion entre les auteurs. Pour soutenir l'affirmative M. Demolombe (3) tire un argument *a fortiori* de l'art. 545. Il fait remarquer que, si l'expropriation pour cause d'utilité publique ne peut avoir lieu que moyennant une indemnité préalable, il doit en être de même à plus forte raison quant à la servitude de passage qui est établie dans l'intérêt privé. Mais il est facile de répondre à cet argument. L'établissement d'une servitude ne constitue pas en effet, à proprement parler, une expropriation et nous

(1) Demolombe : XII n° 627. *Comp. Req.* 15 juin 1875 (S. 76. 1. 349 ; D. 76. 1. 502).

(2) Féraud-Giraud : *loc. cit.* II n° 779 p. 429.

(3) Demolombe : XII n° 631 ; Poitiers, 5 mars 1891 (*Gaz. Pal.* 91. 1. 406).

estimons, avec M. Laurent (1), qu'il est plus exact de prétendre que l'indemnité n'a pas besoin d'être préalable. Quand la loi veut qu'une indemnité soit préalable, elle prend toujours soin de le dire : telles sont les servitudes d'irrigation et de drainage, établies par les lois de 1845 et de 1854 (2).

Enfin une dernière question se pose relativement au paiement de l'indemnité. On s'est demandé si elle pouvait être versée sous forme de rente annuelle, ou si elle devait être au contraire payée une fois pour toutes. M. Demolombe, qui est partisan de l'indemnité préalable, estime évidemment qu'elle ne peut consister dans des prestations annuelles. C'est une conséquence fatale de son opinion sur la question précédente. Pour nous qui n'adoptons pas sur ce point la façon de penser de M. Demolombe, cette raison ne peut suffire à nous déterminer. D'autre part, nous ne saurions non plus adopter l'opinion extrême en sens contraire et d'après laquelle l'indemnité doit toujours être fixée annuellement, sous le prétexte que le dommage peut varier d'année en année (3). On voit d'ici la quantité considérable de procès que ferait naître chaque année un système pareil. Nous pensons que, dans le silence du code, il est préférable de laisser aux tribunaux le soin d'apprécier, suivant les cas, si l'indemnité

(1) Laurent : VIII n° 96.

(2) En tout cas, que le propriétaire puisse ou non s'opposer à l'exercice du passage, l'action à fin de passage n'est pas subordonnée à l'offre d'une indemnité (Req. 15 juin 1875 *précité*).

(3) Sanger : *Du louage et des servitudes* n° 590.

doit être fixée une fois pour toutes ou si elle doit être l'objet d'un règlement annuel (1).

(1) *Comp.* Nancy 30 oct. 1894 (S. 97. 2. 190; D. 96. 2. 87) Req. 25 nov. 1845 (D. 46. 1. 325).

CHAPITRE III

Restrictions ayant pour objet d'obliger le propriétaire à prendre certaines précautions vis-à-vis du fonds voisin.

Ces restrictions, avons-nous dit, sont au nombre de trois :

1° L'obligation pour le propriétaire de n'établir des jours et des vues donnant sur le fonds voisin que sous certaines conditions ;

2° L'obligation de ne posséder des arbres qu'à une certaine distance du fonds voisin ;

3° L'obligation pour certaines constructions d'observer une distance et de placer des ouvrages de protection.

§ 1^{er}. — Des jours et des vues sur la propriété voisine.

La vue qui s'exerce d'un terrain nu sur les héritages limitrophes est tout à fait libre. Le droit réciproque qui appartient alors à chacun des voisins ne saurait être restreint en aucune façon. D'ailleurs il est en pareil cas bien difficile de voir sans être vu

et de plus, comme on ne peut pas sans cesse rester dehors, ce droit de vue ne s'exerce dans cette hypothèse que d'une façon intermittente.

Au contraire, lorsqu'il existe un mur de clôture dans lequel sont pratiquées des ouvertures, les personnes cachées par le mur peuvent voir furtivement dans l'intérieur des héritages voisins sans être elles-mêmes aperçues.

Afin de maintenir les rapports de bon voisinage, afin d'éviter dans la mesure du possible ces tracasseries entre voisins, le législateur a dû limiter l'exercice du droit de vue et imposer à chaque propriétaire certaines restrictions dans l'intérêt de son voisin. Mais il l'a fait différemment suivant que le mur où sont pratiquées les ouvertures est mitoyen ou non.

Si le mur est mitoyen, chacun des propriétaires doit, aux termes de l'article 675, obtenir le consentement de l'autre pour pouvoir pratiquer soit une fenêtre, soit une ouverture même à verre dormant. Mais nous n'avons pas à insister sur cette disposition qui règle les rapports de deux copropriétaires et non ceux de voisins ayant l'un et l'autre un droit exclusif et en principe absolu.

S'il s'agit au contraire d'un mur non mitoyen, ou de l'exhaussement non mitoyen d'un mur mitoyen (1), la règle est toute différente. Le propriétaire peut en toute hypothèse y pratiquer des ouvertures. Néanmoins son droit sera plus ou moins absolu selon les

(1) Demolombe : XI n° 408 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 1026.

cas (art. 676 à 680) et nous devons faire à ce point de vue une nouvelle distinction suivant que les ouvertures sont ce que la loi appelle des *jours* ou bien que ce sont des *vues*.

Par le mot *jour* on doit entendre les ouvertures qui sont destinées exclusivement à éclairer les appartements sans permettre de les aérer et qui ne laissent que très difficilement la faculté de jeter les regards sur le fonds voisin.

Les *vues* sont au contraire des ouvertures faisant pénétrer à la fois l'air et la lumière et qui permettent d'avoir un regard « pénétratif » sur l'héritage d'autrui, comme le disait l'art. 229 de la Coutume d'Orléans.

Il est facile de se rendre compte par ces définitions que les vues sont plus gênantes pour les voisins que les simples jours : aussi la loi a-t-elle apporté plus de restrictions à l'établissement des vues qu'à celui des jours.

Lorsque le mur fait face à l'héritage voisin, le propriétaire ne peut y pratiquer des vues ou fenêtres d'aspect, ainsi que des balcons ou autres saillies, que s'il existe entre le fonds voisin et le parement extérieur du mur une distance de 1^m90 au moins (art. 678 et 680) (1).

Cette distance est réduite à 0^m60, si le mur, où l'on se propose d'ouvrir des fenêtres, fait un angle

(1) Il n'en était pas de même autrefois en Normandie. D'après l'art. 616 de la Coutume, on pouvait ouvrir des fenêtres d'aspect dès qu'il existait un « moyen », c'est-à-dire dès que le mur ne joignait pas immédiatement l'héritage voisin. Caen 22 déc. 1851 (*Rec. Caen* 52. 31). — 27 nov. 1846 (*Rec. Caen* 46. 618).

avec la propriété voisine, de telle sorte qu'on ne puisse avoir que des vues de côté ou vues « obliques », comme le dit l'article 679, par opposition aux vues « droites », qui sont celles comprises entre deux lignes perpendiculaires à l'immeuble (1).

Si le mur est construit à la limite extrême des héritages ou s'il n'existe pas entre le fonds voisin et le mur la distance prescrite, le propriétaire ne sera plus autorisé qu'à y pratiquer ce que l'on appelle communément des « jours de souffrance ou de tolérance » (art. 676).

La grandeur de ces jours, que l'on peut ainsi ouvrir dans un mur joignant immédiatement le fonds voisin, n'est pas limitée, mais ils doivent cependant satisfaire à plusieurs conditions, destinées à les rendre nuisibles le moins possible. Ils doivent d'abord être « à fer maillé et à verre dormant », c'est-à-dire que le châssis dans lequel le verre est fixé doit être établi de manière à ne pas pouvoir s'ouvrir (art. 676-1) (2). En outre le châssis doit être recouvert d'un treillis en fer formant des

(1) Notons qu'une vue droite, qui permet de se pencher au dehors et de regarder en face et par côté, comporte l'exercice d'une vue droite et de vues obliques. En conséquence il a été jugé que l'acquisition d'une vue droite sur le fonds contigu emportait par là même acquisition de vues obliques et que par suite le droit de bâtir sur le fonds assujetti ne pouvait être exercé qu'aux distances déterminées par les art. 678 et 679. (Civ. rej. 29 juil. 1907 (S. 08. 1. 229).

(2) Une ouverture garnie d'un châssis, muni d'une charnière et qui serait condamnée par des clous ou des vis, ne répondrait pas aux exigences de la loi. Lyon 9 févr. 1906 (S. 06. 2. 96) Trib. Caen 25 mars 1840 (*Rec. Caen* 40. 105).

mailles d'un décimètre au plus (art. 676-2) (1). Enfin ces jours doivent être placés à une certaine hauteur : 2^m60 au-dessus du sol de la pièce que l'on veut éclairer, si elle est au rez-de-chaussée, et 1^m90 au-dessus du plancher pour les pièces des étages supérieurs (art. 677) (2).

Telles sont dans leur ensemble les restrictions que chaque propriétaire est obligé de subir dans l'exercice de son droit de vue, et, puisque le code n'a fait sur ce point aucune distinction, on est obligé d'admettre que les dispositions que nous venons de rappeler doivent être observées aussi bien dans les villes que dans les campagnes, dans les localités où la clôture est forcée comme dans celles où elle ne l'est pas. Il importe peu également qu'il s'agisse d'ouvertures donnant sur des fonds servant ou non à l'habitation, qu'ils soient ou non en état de clôture; peu importe enfin que les ouvertures soient pratiquées dans le mur d'une maison ou dans un simple mur de clôture (3).

Néanmoins les dispositions restrictives que nous

(1) D'après M. Demolombe : (xii n° 542 *bis*) la garniture en fer ne pourrait être remplacée par un verre dépoli. Cette opinion, qui est certes la plus conforme au texte, ne cadre peut-être pas parfaitement avec l'esprit de la loi. Le but du législateur ayant été d'empêcher à la fois de jeter des regards indiscrets sur la propriété voisine et d'y laisser tomber des immondices, il nous semble qu'un verre dépoli fixé dans un châssis ne pouvant s'ouvrir est bien suffisant. *Comp.* sur ce point Gex 27 juil. 1900 (S. 01. 2. 147).

(2) Lorsque les jours de souffrance sont établis dans un escalier, la distance se compte à partir de la marche la plus rapprochée de l'ouverture. Caen 25 mars 1840 *précité*.

(3) *Comp.* Req. 8 mai 1867 (D. 67. 1. 223).

études ne sont relatives qu'à des ouvertures proprement dites. On ne saurait les étendre aux intervalles que présente la clôture elle-même, une claire-voie, par exemple.

En effet ces intervalles ne sont qu'une solution de continuité de la clôture et, dans les lieux où la clôture n'est pas forcée, le voisin ne peut s'en plaindre, puisque le propriétaire, qui n'était pas obligé de se clore, a pu ne le faire qu'en partie (1). Le même raisonnement s'appliquerait dans les villes et faubourgs aux claires-voies surmontant un mur, qui par lui-même aurait la hauteur voulue.

Mais cette solution ne doit être accueillie qu'avec cette réserve que, si les interstices sont pratiqués de telle sorte qu'ils permettent au propriétaire de voir sans qu'il puisse être aperçu, les distances prescrites par la loi devront être respectées.

D'ailleurs, pour déterminer si les art. 678 et suivants doivent recevoir leur application dans telle hypothèse déterminée, le seul point à examiner est celui de savoir si les ouvertures par leur construction et leur fonctionnement assurent des vues libres et s'exerçant sans réciprocité sur l'héritage voisin. C'est là du reste une question de fait laissée à l'appréciation des juges (2).

Enfin les restrictions en question doivent être

(1) Demolombe: XII n° 561; Aubry et Rau: § 196 note 27; Req. 3 août 1836 (S. 36. 1. 744) Caen 19 mai 1837 (*Rev. Caen* 37. 421) *Contrà*: Angers 9 fév. 1819 (S. 49. 2. 277).

(2) *Comp.* en ce qui concerne les hangars: Req. 13 janv. 1879 (S. 79. 1. 264) Troyes 9 févr. 1881 (S. 81. 2. 72).

observées même si les fonds sont séparés par un espace intermédiaire appartenant à un tiers et d'une largeur moindre que la distance prescrite. Les art. 679 et 680 ne distinguent pas si les propriétés sont contiguës ou s'il existe entre elles une autre propriété. Du reste, que la vue soit exercée par le propriétaire le plus rapproché ou par un propriétaire plus éloigné, le préjudice sera le même et, si la distance n'est pas respectée, le voisin a la même raison de se plaindre (1).

Lorsque l'espace intermédiaire est un terrain commun la question se complique. Pour la résoudre nous croyons devoir adopter la distinction proposée par M. Demolombe (2).

Ou bien le terrain intermédiaire est affecté par suite d'une indivision forcée à l'usage commun des deux héritages, dont il forme un accessoire, comme une cour, une allée, un passage quelconque; ou bien c'est une propriété restée dans l'indivision sans être affectée à aucun service de dépendance envers les autres fonds.

Dans le premier cas, chacun des copropriétaires pourra pratiquer des ouvertures comme il l'entendra et sans avoir à respecter aucune distance. C'est là une conséquence du droit de copropriété (3).

(1) Demolombe : XII n° 564.

(2) *Ibid.*, n° 565.

(3) Aubry et Rau : § 221 *ter* texte et note 10; Baudry-Lacantinerie et Chauveau; *Des biens* n° 1041; Civ. rej. 28 oct. 1901 (S. 03. 1. 83) Lyon 5 nov. 1885 et Bordeaux 16 mars 1886 (S. 86. 2. 190). Une solution semblable doit être admise en ce qui concerne les chemins d'exploitation, Civ. rej. 25 juin 1895 (D. 96. 1. 73; S.

Dans le second cas, les distances devront être observées, car, s'il en était autrement, lorsque le partage interviendrait, le terrain se trouverait grevé d'une servitude, ce qui en diminuerait la valeur (1).

Si le terrain intermédiaire est une voie publique, la solution n'est plus la même. En effet les dispositions restrictives que nous étudions ont pour unique objet de régler les rapports de voisinage entre les propriétés privées. Mais, peut-on dire, c'est d'un intérêt privé qu'il s'agit ici. Si nous supposons une rue très étroite, et la question ne se posera que dans ce cas, les riverains pourront alors être incommodés par des vues trop rapprochées, pour eux les inconvénients seront absolument les mêmes que si le terrain intermédiaire était une ruelle appartenant privativement à un particulier. A cette objection nous répondrons que toute habitation située en bordure d'une voie publique est constamment exposée à subir les atteintes des passants, atteintes qui peuvent être quelquefois beaucoup plus gênantes que la vue exercée par le voisin. Du reste n'est-il pas de toute nécessité que les propriétaires aient le moyen d'éclairer leurs maisons et de les rendre habitables et tel est justement l'un des avantages

95. 1. 345) et la note. Néanmoins, si le terrain commun est, par exemple, une ruelle ayant seulement pour destination de servir à l'écoulement des eaux, la jurisprudence décide que les distances doivent être respectées. Req. 4 févr. 1889 (D. 90. 1. 248; S. 91. 1. 161) et la note. Ces deux arrêts de 1895 et de 1889 peuvent paraître difficiles à concilier, car, depuis la loi de 1881, c'est exclusivement au point de vue de la circulation que les riverains du chemin en ont l'usage commun.

(1) Aubry et Rau : § 221 texte et note 14.

incontestables de la voie publique. L'intérêt privé doit fléchir devant cet intérêt général (1).

La jurisprudence va même plus loin et elle reconnaît que le propriétaire riverain pourra établir des balcons en bordure de la voie publique, si l'autorité compétente le lui a permis. Ceci se comprend, car, muni de cette autorisation, le propriétaire se trouve dans la même situation que s'il s'agissait de simples fenêtres (2).

Tout ce que nous avons dit jusqu'ici s'applique soit aux jours, soit aux fenêtres ou balcons. Mais l'art. 678 indique lui-même, en parlant d'« autres saillies semblables » aux balcons, que la loi n'a statué ici que *de eo quod plerumque fit*. Les termes dont s'est servi le législateur ne sont qu'énonciatifs. Les mêmes règles restrictives s'imposent à toute espèce de constructions qui facilitent de jeter les regards sur les fonds voisins (3). Par contre il est

(1) Demolombe : XII n° 566 ; Aubry et Rau : § 196 texte et note 30 et 31 ; Req. 14 nov. 1906 (D. 07. 1. 80) Civ. cass. 28 oct. 1891 (S. 92. 1. 23). — 1^{er} juill. 1861 (S. 62. 1. 81) Rouen 9 déc. 1878 (S. 79. 2. 147 ; *Rec. Rouen* 79. 4).

(2) Aubry et Rau : § 196 texte et note 32 ; Civ. cass. 27 août 1849 (S. 49. 1. 609), — 28 oct. 1891 (S. 92. 1. 23) *Contrà* : Demolombe : XII n° 567. Cet auteur fait observer que, les balcons n'offrant qu'un but d'agrément et non de nécessité, il faut en revenir aux règles du Code.

(3) C'est ainsi que la jurisprudence décide que les art. 678 et 679 s'appliquent à une terrasse : Paris 9 juill. 1853 (D. 54. 5. 704) ; à une plate-forme : Civ. rej. 28 déc. 1863 (D. 64. 1. 163) ; à un mur garni d'une rampe : Rennes 2 avril 1895 (D. 95. 2. 512) ; à un palier d'escalier : Caen 16 mars 1871 (*Rec. Caen* 71. 117) ; à un simple exhaussement de terrain ; Req. 26 oct. 1898 (S. 98. 1. 485 ; D. 98. 1. 567).

bien certain qu'il ne faut pas assimiler aux saillies dont parle l'art. 678 certains ouvrages avancés qui n'auraient pour objet que la solidité ou l'ornement architectural d'un bâtiment, sans faciliter la vue en aucune façon (1).

Mais que décider en ce qui concerne les soupiraux des caves ? Il ne peut être question, évidemment, de les soumettre aux prescriptions relatives aux fenêtres d'aspect (2) ; mais doit-on tout au moins les considérer comme des jours de souffrance et leur appliquer les art. 676 et 677 ? MM. Baudry et Chauveau répondent négativement. D'après eux, l'art. 677, en ne parlant que du rez-de-chaussée et des étages supérieurs, a exclu les caves. Dès lors, le droit absolu du propriétaire ne subit pas de restriction en ce qui concerne les ouvertures que l'on peut y pratiquer. D'ailleurs, ajoutent ces auteurs, le mot « fenêtre » employé par le législateur démontre bien qu'il ne s'est pas préoccupé des soupiraux (3).

Telle n'est pas notre manière de voir sur ce point ; nous estimons que cette solution est trop absolue. Pourquoi les soupiraux des caves ne seraient-ils pas considérés comme des jours de souffrance ? Parce que, dit-on, l'art. 676 s'est servi de l'expression « fenêtre ». Mais ce mot est certainement dû à une inadvertance du législateur, puisqu'une

(1) Trib. Albi 2 août 1907 (*Recueil de jurisprudence immobilière* 07. 472).

(2) Limoges 4 nov. 1890 (D. 92. 2. 351).

(3) Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens*, n° 1029,

fenêtre, par sa définition même, doit pouvoir s'ouvrir, et que le code prescrit dans ce texte même que ces ouvertures soient garnies d'un châssis à verre dormant. Quant à l'argument qui consiste à dire que les art. 676 et 677 ne fixant de hauteur qu'à partir du rez-de-chaussée et des étages supérieurs, ont laissé les soupiraux sans les réglementer, il nous paraît plus sérieux. Cependant, cet argument n'est pas sans réponse. En effet, les motifs qui ont déterminé le législateur à imposer un châssis à fer maille et à verre dormant se retrouvent ici presque aussi impérieux dans la plupart des cas, et la nature des choses nous conduit elle-même vers l'adoption d'une solution mixte. Évidemment, l'art. 677, relatif à la hauteur, doit rester étranger à la question qui nous occupe actuellement. Mais nous appliquerons, tout au moins, l'art. 676 qui règle la manière d'être des jours de souffrance (1).

Une difficulté du même genre s'est soulevée pour les portes pleines, ou toutes autres ouvertures d'accès. Faut-il, dans ce cas, appliquer les dispositions restrictives des art. 678 et 679 ? La question est délicate, car, au moment où l'on se sert de ces ouvertures pour aller et venir, on en peut profiter pour regarder chez le voisin. Aussi, certaines cours d'appel se sont-elles prononcées pour l'affirmative en se basant sur ce que les expressions du législateur étaient seulement démonstratives et non limitatives (2). Mais nous préférons l'opinion con-

(1) Montluçon 9 nov. 1894 (*Gaz. Pal.* 94. 2. 767).

(2) Caen 27 avril 1857 (S. 58. 2. 177; *Rec. Caen* 57. 243).
Bordeaux 23 juin 1869 (S. 70. 2. 46). Ce dernier arrêt fait toute-

traire qui est d'ailleurs celle définitivement adoptée par la jurisprudence. C'est que, dans ce cas, comme le fait fort justement remarquer la Cour de Cassation, la vue ne peut s'exercer d'un fonds sur l'autre que par un fait de l'homme nécessité par l'obligation d'ouvrir la porte au préalable. Dès lors, les inconvénients qui en résultent ne sont que momentanés et accidentels ; ils sont loin d'égaliser la gêne permanente d'une fenêtre permettant de regarder constamment et ne peuvent donner naissance à une possession continue, susceptible de servir de base à la prescription. D'autre part, la vue qui s'exerce ainsi n'est pas réciproque ; le propriétaire de la porte ne peut, en effet, jeter les regards sur le fonds voisin sans s'exposer lui-même à être aperçu (1).

On s'est demandé aussi ce qu'il fallait penser du cas où les ouvertures que l'on se propose de pratiquer ne donnent de vue que sur un mur plein ou sur un toit qui n'aurait ni fenêtre ni tabatière. Quel intérêt le voisin peut-il avoir à réclamer dans cette hypothèse l'observation des dispositions restrictives du Code ;

fois remarquer que les distances prescrites ne devraient plus être observées si la porte était nécessaire pour l'exercice d'une servitude de passage sur le fonds voisin, parce que la faculté de pratiquer une ouverture se trouve alors naturellement comprise dans la concession de la servitude. *Addé* sur ce point : Req. 28 juin 1865 (S. 65. 1. 339 ; D. 66. 1. 153) Caen 28 janv. 1863 (*Rec. Caen* 63. 232).

(1) Caen 2 mars 1853 (S. 58. 2. 177 ; *Rec. Caen* 57. 245). — 28 août 1862 (*Rec. Caen* 62. 330) Rennes 3 mars 1879 (S. 81. 2. 136) Bordeaux 26 nov. 1885 (D. 86. 2. 120 ; S. 87. 2. 168). — 13 déc. 1894 (S. 95. 2. 191) Req. 25 mars 1902 (S. 02. 1. 232 ; D. 02. 1. 266) St-Lo 1^{er} févr. 1888 (*Rec. Caen* 88. 265).

puisque, le jour où l'obstacle qui empêchait la vue de s'étendre viendrait à disparaître, il aurait le droit de demander que les prescriptions légales soient respectées et cela alors même que les ouvertures existeraient depuis plus de 30 ans⁶? En effet, pour pouvoir prescrire une servitude de vue, il faut, non seulement posséder une vue, mais il est, en outre, nécessaire que le voisin soit averti par un signe apparent d'une prétention à craindre et d'un danger à éviter. Or, tant que les ouvertures n'ont pu être aperçues, leur propriétaire n'a pu rien prescrire à l'encontre du voisin (1).

S'il en est ainsi, on conçoit facilement la solution qui doit être donnée à cette question. De deux choses l'une : ou bien les ouvertures ne permettent à la vue de s'étendre que sur le mur ou sur le toit ; ou bien elles laissent aux regards un champ plus étendu. Dans le second cas seulement il y a une raison pour obliger le propriétaire à observer les prescriptions du Code (2).

Lorsque les distances prescrites doivent être observées, comment convient-il de les mesurer ? L'art. 680

(1) St-Lo 20 mars 1889 (*Rec. Caen* 89. 155) Rouen 24 mars 1881 (*Rec Rouen* 81. 239). — 27 juin 1878 (*Rec. Rouen* 79. 68) Bordeaux 7 mars 1873 (D. 74. 2. 76) Req. 6 févr. 1867 (D. 67. 1. 257) Civ. rej. 2 févr. 1863 (D. 63. 1. 145 ; S. 63. 1. 92).

(2) Marcadé : art. 678 n° 2 ; Caen 2 avril 1866 (*Rec. Caen* 66. 102) Bordeaux 26 nov. 1885 *précité* Req. 7 nov. 1849 (S. 50. 1. 18 ; D. 49. 1. 295) Metz 13 avril 1853 (D. 54. 5. 704) Req. 4 fév. 1889 (S. 91. 1. 161 ; D. 90. 1. 248) *Contrà* : Lyon 4 nov. 1864 motifs (S. 65. 2. 134 ; D. 66. 2. 17) *Comp.* Demolombe : XII n° 560 ; Aubry et Rau : § 196 p. 314.

répond à cette question : La distance se compte « depuis le parement extérieur du mur où l'ouverture « se fait, et, s'il y a balcons ou autres semblables « saillies, depuis leur ligne extérieure jusqu'à la ligne « de séparation des deux propriétés ». Ce texte, ne faisant aucune distinction entre les vues droites et es vues obliques, paraît devoir s'appliquer aux unes comme aux autres. Néanmoins, s'il en était ainsi, il faudrait décider que les vues obliques ne pourraient être ouvertes que s'il y avait 0^m 60 de distance entre l'extrémité du mur où elles sont pratiquées et la ligne séparative. Or, ce mode de calcul aboutirait le plus souvent à proscrire ces sortes de vues, puisqu'elles ne peuvent exister que dans un mur faisant un angle avec la ligne séparative du fonds voisin. Aussi faut-il, dans ce cas, adopter un autre mode de calcul. Au lieu de compter la distance à partir du parement extérieur du mur, on la prendra depuis le jambage de la fenêtre le plus rapproché du fonds voisin (1). Cette solution, imposée par la nature des choses, ne préjudicie d'ailleurs en rien au voisin, car ce qui est censé lui importer, d'après la loi, c'est que la vue ne puisse s'exercer à moins de 0^m 60 de chez lui.

Ce point spécial élucidé, voyons comment se calcule la distance d'une façon générale. Si, sur la ligne séparative se trouve une clôture mitoyenne, la distance se compte à partir du milieu de la clôture. En effet, la ligne qui, sur le sol, sépare les deux héritages, passe en réalité par cet endroit, et si la

(1) *Riom* 11 déc. 1884 (*Gaz. Pal.* 85. 1. 56).

clôture venait à disparaître, c'est à partir de cette ligne qu'il faudrait compter.

Mais que décider dans l'hypothèse suivante ? Le propriétaire d'un mur non mitoyen fait une construction sur son fonds et y ouvre des vues en observant la distance. Dans la suite, le voisin acquiert la mitoyenneté du mur. De ce fait, la ligne séparative sera déplacée et les vues ne se trouveront plus à la distance légale. Le voisin pourra-t-il exiger leur suppression ? Nous ne le pensons pas. Non seulement une semblable demande serait de nature à jeter l'instabilité dans les relations entre voisins, mais de plus il ne serait pas juridique de l'accueillir ; car la portion de terrain qui est cédée avec la mitoyenneté du mur se trouve grevée de la servitude de vue par la destination du père de famille. Du reste, c'est au moment même où les vues sont établies que la loi veut que les distances soient respectées (1).

Après avoir étudié la situation du propriétaire du mur qui veut y pratiquer des fenêtres d'aspect ou des jours de souffrance, examinons celle du voisin sur l'héritage duquel donnent ces ouvertures.

Il va de soi que, si le propriétaire n'a pas respecté les prescriptions légales, le voisin pourra, tant que la prescription ne sera pas acquise, exiger soit la suppression des ouvertures, soit leur modification suivant les cas (2). A l'inverse, quand le propriétaire

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 1037 ; Demolombe : *xii* n° 558.

(2) Versailles 22 mars 1895 (*Gaz. Pal.* 95. 2. 404) Seine 22 mai 1895 (*Le Droit* 21 nov. 1895).

s'est en tous points conformé aux règles des art. 676 et suiv., le voisin sera obligé de supporter le préjudice qui pourrait résulter pour lui de cet état de choses.

Néanmoins, le droit de propriété du voisin reste entier et celui-ci sera toujours libre de construire sur son fonds tout comme si les ouvertures n'existaient pas. En ce qui concerne les fenêtres d'aspect, pas de difficulté : les constructions du voisin n'auront jamais pour effet de les supprimer, à moins toutefois que ce ne soient des fenêtres acquises par prescription, les seules qui puissent se trouver à la limite extrême du fonds et doivent toujours être respectées. Au contraire, s'il s'agit de simples jours, le droit du voisin d'élever une construction à la limite de son terrain ne va-t-il pas réduire à néant le droit du propriétaire du mur où les jours sont percés ? Il aura, en effet, pour résultat de les obstruer complètement. Quoi qu'il en soit, ce droit, qui ne lui est retiré par aucun texte de loi, lui appartient incontestablement, et il peut même en user alors que les jours existeraient depuis plus de 30 ans. En effet, de telles ouvertures, lorsqu'elles sont, comme nous le supposons, construites conformément aux prescriptions légales, n'impliquent aucune idée de servitude. En les pratiquant, le propriétaire n'a fait qu'user de son droit et leur existence n'a pu faire perdre au voisin par prescription le droit de construire sur son terrain.

Si le voisin peut construire nonobstant les jours ou fenêtres, à plus forte raison peut-il planter, en observant à son tour, bien entendu, les distances requises pour les plantations.

Enfin, mais en ce qui concerne les jours seulement, un troisième moyen s'offre au voisin qui veut les faire boucher, c'est d'acquérir la mitoyenneté du mur dans lequel ils sont pratiqués (1).

§ II. — Des distances requises pour les plantations.

La faculté de planter des arbres sur toute l'étendue de son fonds ou de laisser croître ceux qui y poussent naturellement, est une conséquence naturelle du droit de propriété. Mais l'usage de cette faculté peut, dans certains cas, nuire aux héritages voisins. On comprend facilement que de grands arbres se trouvant trop près du voisin puissent lui causer préjudice, ne serait-ce que par leur ombrage. Aussi la loi a-t-elle restreint cette faculté, et c'est dans ce but qu'a été édicté l'art. 671 qui interdit au propriétaire de posséder des arbres à moins d'une certaine distance du fonds voisin.

A défaut de règlements ou usages contraires, dit ce texte, la distance à observer sera de 0^m 50 pour les arbres dont la hauteur ne dépasse pas 2 mètres ; cette distance sera de 2 mètres pour ceux qui ont une hauteur plus considérable.

Néanmoins, pour les espaliers, ajoute l'art. 671, aucune distance n'est prescrite pourvu qu'ils ne dépassent pas la hauteur du mur de séparation. Sous cette seule condition, le propriétaire sera donc libre de les planter aussi près qu'il voudra du mur. Il ne pourra, cependant, les y appuyer que si le

(1) *Suprà* p. 33-34. Comp. Bastia 25 mai 1839 (S. 39. 2. 417).

mur est mitoyen ou lui appartient en propre (1).

Telle est la règle qui doit être suivie partout, à la ville comme à la campagne, que les fonds soient clos ou non. La généralité des termes de l'art. 671 empêche de faire ces distinctions (2).

Cette règle s'applique également aussi bien aux arbres, arbustes et arbrisseaux, qu'ils aient poussé naturellement ou qu'ils aient été plantés. C'est cette solution qui a toujours prévalu (3) et cependant, avant la loi de 1884, le texte de l'art. 671 pouvait prêter à discussion sur ce point. Il portait : « il n'est permis de *planter* des arbres... » Le texte actuel, dans lequel le mot *avoir* a été substitué au mot *planter*, a désormais fait cesser toute équivoque (4).

De même, d'après le nouvel art. 671, il n'y a plus lieu de considérer l'essence des arbres pour savoir à quelle distance ils devront être plantés ; il suffit de tenir compte de leur aménagement (5). Dès lors, un arbre, de quelque nature qu'il soit, peut être planté à une distance de 0^m 50 à la condition d'être maintenu à une hauteur ne dépassant pas 2 mètres (6).

(1) Rouen 14 janv. 1899 (D. 99. 2. 334; *Rec. Rouen* 99. 172) Montmédy 12 juin 1901 (D. 02. 2. 171; S. 03. 2. 21).

(2) Demolombe : XI n° 485; Nîmes 14 juin 1833 (S. 33. 2. 481).

(3) Demolombe : XI n° 490; Civ. cass. 25 mars 1862 (S. 62. 1. 470; D. 62. 1. 174).

(4) Civ. rej. 27 mars 1888 (S. 88. 1. 212; D. 88. 1. 416).

(5) Civ. cass. 27 déc. 1897 (D. 98. 1. 171; S. 98. 1. 164).

(6) Il résulte des travaux préparatoires (D. 82. 4. 8. n° 5; S. 82. *Lois* p. 277) que l'un des buts de cette modification a été de permettre au propriétaire de former des haies avec des arbres de haute tige, ce procédé étant considéré dans la pratique comme

Les distances, prescrites par l'art. 671, doivent également être appliquées aux bois et aux forêts comme aux autres propriétés (1).

N'y aurait-il pas lieu cependant de faire exception pour le cas où le fonds voisin est lui-même un autre bois ? M. Demolombe soutient l'affirmative. Aucun motif, dit-il, n'existe alors pour que les arbres ne puissent pas s'étendre de part et d'autre jusqu'à la ligne séparative des héritages et l'intérêt même des propriétaires voisins est, au contraire, qu'il en soit ainsi (2). Mais nous préférons l'opinion que professent Aubry et Rau (3). Il est, certes, bien évident que dans ce cas l'intérêt des deux voisins les déterminera le plus souvent à ne pas se prévaloir l'un contre l'autre des dispositions de l'art. 671, mais est-ce là une raison juridique suffisante pour leur refuser le droit de les invoquer si, pour un motif quelconque, ils y trouvent leur avantage ? La loi n'a pas admis de dérogation dans cette hypothèse, rien n'autorise par suite à en introduire une (4).

Mais, avons-nous dit, les distances prescrites par l'art. 671 ne doivent être observées qu'à défaut de règlements ou d'usages contraires. Ces règlements

utile pour les clôtures. Il n'y a pas à craindre alors que le développement des racines nuise au fonds voisin, car il est démontré que les racines ne s'étendent jamais qu'en proportion de la hauteur de l'arbre.

(1) Ord. 1^{er} août 1827 (art. 176) Civ. cass. 2 juil. 1878 (D. 78. 1. 214). — 13 mars 1850 (D. 50. 1. 89) Civ. rej. 28 nov. 1853 (D. 54. 1. 233) Rennes 19 juin 1838 (S. 38. 2. 526).

(2) Demolombe : XI n° 489.

(3) Aubry et Rau : II § 197 p. 325 note 7.

(4) Civ. cass. 24 juil. 1860 (S. 60. 1. 897; D. 60. 1. 320).

et ces usages doivent donc prévaloir sur la règle générale inscrite dans le Code. Toutefois, pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'il s'agisse, comme l'indique l'art. 671, de règlements actuellement existants ou d'usages constants et reconnus. Dès lors, de simples pratiques plus ou moins tolérées ne prévaudraient pas sur les prescriptions légales (1). D'autre part, il est bien certain qu'à l'égard des plantes d'introduction récente en France, comme, par exemple, les vignes américaines greffées, aucun usage « constant et reconnu » n'a pu réglementer leur sort, et que, dans ce cas, l'art. 671 doit reprendre son empire (2).

Lorsque les règlements ou usages répondent aux *desiderata* du législateur, ils doivent être observés sans que l'on ait à distinguer s'ils fixent des distances inférieures ou supérieures à celles établies par le Code. Sur ce point, tout le monde est d'accord ; mais certains auteurs ont prétendu que, si un usage n'imposait aucune distance pour certains arbres, il ne devrait pas être appliqué. L'art. 671, en effet, ne se borne pas à dire purement et simplement qu'en matière de plantations on doit s'en référer aux usages, il dit qu'il faut observer les distances que prescrivent ces usages. Le Code suppose donc qu'une

(1) Civ. cass. 12 févr. 1861 (S. 61. 1. 327; D. 61. 1. 120). Pour établir l'existence d'un usage, on s'en réfère aux règlements écrits, s'il en existe; sinon, aux attestations des anciens auteurs. Si ces éléments font défaut, on peut recourir à la notoriété publique, c'est-à-dire à la preuve testimoniale (Bourges 16 nov. 1830; S. 31. 2. 152; Poitiers 7 janv. 1834; S. 34. 2. 165).

(2) Trib. Dijon 29 nov. 1893 (D. 94. 2. 285).

distance est déterminée ; s'il n'en existe pas, il faut s'en référer aux distances légales (1). Néanmoins, les partisans de ce système reconnaissent eux-mêmes que, si un usage de ce genre est en vigueur dans une agglomération urbaine, il sera préférable de l'appliquer que de recourir aux prescriptions de l'art. 671. Or, cette réserve enlève, en fait, à cette théorie toute sa portée. En effet, les usages qui n'imposent aucune distance sont presque toujours exclusivement relatifs aux villes. Du reste, la solution contraire, qui est celle de la jurisprudence, nous paraît juridiquement mieux fondée. D'après l'art. 671, on doit, en ce qui concerne les distances, s'en référer aux usages. Et n'est-ce pas un usage relatif à ce sujet que celui qui permet d'avoir des arbres à la limite extrême de son fonds. Quelle différence sérieuse y a-t-il entre un usage qui fixerait une distance de 0^m02 et celui qui n'en impose aucune (2) ?

En ce qui concerne cette question des usages, nous devons faire remarquer que, depuis la loi du 20 août 1881, ces règlements et usages doivent recevoir une application plus générale qu'auparavant. Antérieurement, la Cour de Cassation ne leur reconnaissait effet que relativement à la distance à observer pour les plantations et non quand il s'agissait de faire la distinction entre les arbres de haute ou

(1) Demolombe : xi n° 493 ; Laurent : viii n° 4 ; Aubry et Rau : ii § 191 p. 326 note 11.

(2) Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 1010 ; Vaudoré : *loc. cit.* v° *plantations* n° 14 ; Civ. rej. 1^{er} juill. 1886 (S. 89. 1. 450).

basse tige. Cette distinction devait, dans tous les cas, s'établir d'après la nature et l'essence des arbres (1), sans que l'on ait à tenir compte de leur hauteur, et cela alors même que les usages locaux prenaient cette circonstance en considération (2). Mais la rédaction nouvelle impose la solution contraire. Désormais, pensons-nous, on devra s'en remettre pour le tout à ce que prescrivent les usages, que ceux-ci établissent des distinctions différentes en se basant, soit sur la nature des arbres, comme le faisait l'ancien texte, soit sur leur aménagement, comme le décide le nouveau.

Tel n'est pas cependant l'avis de MM. Baudry et Chauveau (3) qui soutiennent que, depuis la loi de 1881, on ne doit plus considérer dans tous les cas que la hauteur des plantations sans se préoccuper de leur nature. Et ces auteurs invoquent à l'appui de leur système l'esprit de la loi nouvelle qui se préoccupe avant tout de l'élévation des plantations. Quant à nous, c'est également en nous fondant sur l'idée du législateur moderne que nous proposons la solution inverse; et voici pourquoi. Le texte actuel a proscrit la distinction ancienne entre arbres de haute et basse tige, cela est bien certain; mais il ne faut pas perdre de vue qu'il ne s'applique qu'à défaut de règlements et usages. Dès lors, pour répondre au vœu de la loi, il faut interpréter ces derniers d'après l'esprit qui les a fait admettre et ne

(1) Req. 12 avril 1880 (S. 80. 1. 273).

(2) Civ. cass. 25 avril 1876 (S. 76. 1. 249) Req. 9 mars 1853 (S. 53. 1. 248).

(3) Baudry-Lacantinerie et Chauveau; *Des biens* n° 1010.

pas introduire dans leur application un élément étranger. Si donc un usage établit, comme le faisait la loi ancienne, la distinction entre arbres de haute ou basse tige, c'est, encore aujourd'hui, la nature de la plantation et non pas son élévation qu'il faudra considérer.

Voyons maintenant quels sont les usages spéciaux à la Normandie.

Sur ce point, il nous faut faire une distinction. La solution est différente, en effet, suivant que l'on se trouve en ville ou à la campagne.

Dans les campagnes, on doit appliquer les dispositions du règlement du 17 août 1751, dont nous avons déjà parlé à propos de la nécessité où l'on peut se trouver dans le ressort des Cours d'appel de Caen et de Rouen de déclorer son héritage quand on refuse d'entretenir sa clôture en bon état.

Dans les villes, au contraire, ce règlement ne s'appliquant pas (1), on en revient aux prescriptions de l'art. 671, sauf dans quelques localités où il est d'usage de n'observer aucune distance.

Recherchons donc quelles sont en Normandie les solutions admises à la campagne d'abord, dans les villes ensuite.

Dans les campagnes, avons-nous dit, on doit appliquer les dispositions du règlement du 17 août 1751. Étant donné le grand nombre de décisions de jurisprudence qui l'ont sanctionné, il est inutile de nous attarder à démontrer que ce règlement est

(1) Voy. *suprà* p. 64.

encore en vigueur (1). La Cour de Cassation décide en effet, et avec raison, qu'en ce qui concerne les distances à observer pour les plantations, les juges du fait sont souverains appréciateurs du point de savoir si un usage ou un règlement doit toujours recevoir son application (2).

Les articles de ce règlement, qui n'ont pas été abrogés par des textes de lois postérieures, et qui ont trait à la question qui nous occupe, sont ainsi conçus :

ART. V (3). — « *Nul ne pourra planter aucuns*
« POIRIERS ou POMMIERS *qu'à sept pieds de distance*

(1) D'après un opuscule, imprimé à Alençon en 1859 et intitulé « *Usages locaux du département de l'Orne* », le règlement de 1751 ne s'appliquerait pas dans certains cantons de ce département; dans d'autres il ne recevrait son application qu'avec certaines modifications. Cette pratique démontre que, malgré le règlement, dont le but évident a été d'unifier tous les usages de la Normandie, des usages différents ont persisté ou se sont implantés depuis. Il nous est impossible d'indiquer tous ces usages locaux, dont l'énumération dépasserait le cadre que nous nous sommes assigné. Nous avons tenu néanmoins à signaler ce point, pour mettre en garde contre une application générale inconsidérée. Toutefois, tant qu'il n'est pas justifié d'un usage contraire constant et reconnu, on doit en revenir au règlement.

(2) Civ. rej. 10 juill. 1872 (*Rec. Rouen* 72. 265; S. 72. 1. 392). — 28 juill. 1873 (D. 74. 1. 22).

(3) Les quatre premiers articles du règlement sont relatifs aux distances à observer pour les plantations sur le bord des routes et chemins, mais ces dispositions, qui ont trait d'ailleurs à une question ne rentrant pas dans le cadre de notre étude (Crim. rej. 16 déc. 1881; D. 82. 1. 185), sont remplacées par la loi du 9 ventôse an xiii (art. 5 et 7) pour les grandes routes et par la loi du 21 mai 1836 (art. 21) pour les chemins vicinaux. Pour les chemins ruraux, voyez Dijon 7 déc. 1871 (D. 72. 5. 413).

« du fonds et, en cas, que les branches s'étendent sur le terrain voisin, le propriétaire desdits arbres sera contraint en outre d'en couper l'extrémité des branches autant qu'elles s'étendront sur le terrain voisin » (1).

ART. VI. — « Les ARBRES DE HAUTE FUTAIE ne pourront être plantés à pied dans les terres non closes qu'à sept pieds de distance du fonds voisin, lequel pourra pareillement contraindre le propriétaire desdits arbres de les élaguer ou ébrancher jusqu'à la hauteur de quinze pieds (2), et, en outre, de faire couper la partie des branches qui s'étendent sur son terrain. »

ART. VII. — « A l'égard des ARBRES AQUATIQUES, lesquels sont plantés au bord des ruisseaux ou rivières, il en sera usé comme par le passé. »

ART. VIII. — « Si le terrain voisin est occupé par un vignoble, les poiriers ou pommiers ne pourront être plantés plus près de douze pieds du

(1) La disposition finale de ce texte a été reproduite dans l'art. 673-1.

(2) Un arrêt de Caen du 19 févr. 1859 (*Rec. Caen* 59. 88; *S.* 59. 2. 587) a décidé que l'art. 672 (lisez aujourd'hui art. 673) « ne s'en réfère pas pour l'élagage, comme l'art. 671 pour la distance à observer relativement aux plantations, aux règlements particuliers et aux usages reconnus : d'où il suit que ces règlements et usages sont abolis et que les dispositions de l'art. 672 (673) sont la seule règle applicable à l'élagage des branches d'arbres qui s'étendent sur l'héritage voisin. » Un propriétaire ne peut donc plus forcer son voisin à ébrancher jusqu'à la hauteur de 15 pieds, conformément à l'art. 6 du règlement, les arbres plantés sur sa propriété à la distance légale.

« vignoble et les arbres de haute futaie plus près
« de vingt-quatre pieds » (1).

ART. IX. — « Le JONC MARIN sera planté à trois
« pieds du fonds voisin et le BOIS TAILLIS à sept
« pieds, lorsqu'il n'y aura pas de fossé de sépara-
« tion, et à cinq pieds lorsqu'il y aura un fossé :
« sera néanmoins permis de planter un bois taillis
« jusqu'à l'extrémité de son terrain proche le bois
« taillis voisin ».

ART. X. — « Les haies à pied pourront être
« plantées à pied et demi du voisin et seront ton-
« dues au moins tous les six ans du côté du voisin
« et seront réduites alors à la hauteur de cinq à six
« pieds au plus sans qu'il soit permis dans lesdites
« haies plantées à pied, de laisser échapper aucuns
« baliveaux ou grands arbres ; parce que, néan-
« moins, à l'égard des arbres dans les haies,
« lesquelles font la séparation des herbages et
« masures, sans être le long des terres labourables
« du voisin, il en sera usé comme par le passé. »

Les dispositions quelque peu diffuses de ces textes, rédigés dans un style parfois suranné, demandent à être précisées.

Nous devons tout d'abord réfuter une opinion généralement accréditée et que nous considérons comme une erreur. Il résulte des termes de l'art. 6, qui indique les distances à observer pour les arbres

(1) Comme on le voit, ce texte est relatif aux distances à observer pour les arbres de haute futaie plantés près des vignobles, mais, la température de la Normandie ne permettant plus guère la culture de la vigne, nous ne croyons pas devoir insister.

de haute futaie, que ce texte régleme seulement la question pour les plantations à faire dans les terres non closes. Quant aux terres encloses d'un mur, le règlement est muet en ce qui les concerne, et c'est avec raison qu'un arrêt de la Cour de Caen a jugé, qu'à défaut d'usages locaux contraires, l'art. 671 devait, dans ce cas, reprendre son empire (1).

Mais il ne faudrait pas conclure, de là, comme semblent l'indiquer les termes trop généraux de cette décision, que pour tous les arbres de haute futaie le règlement ne doit s'appliquer que dans les terres non closes. En effet, rien ne permet de donner à ces mots « terres non closes », insérés au texte de l'art. 6, une portée aussi étendue. Si telle avait été la pensée des rédacteurs du règlement, ils l'auraient certainement dit, soit dans un article général, soit dans l'intitulé qui le précède, comme ils l'ont fait pour indiquer que les campagnes étaient seules visées. En ce qui concerne les poiriers et les pommiers, dont s'occupe l'art. 5, si l'on avait voulu que les prescriptions relatives à ces arbres ne s'appliquent que dans les terres non closes, il était inutile de leur consacrer un texte spécial. Il s'agit là, en effet, d'arbres de haute futaie et la distance prescrite pour les planter est la même pour eux que celle indiquée par l'art. 6 pour les autres arbres de haute futaie. En parlant d'abord des poiriers et des pommiers et en les mentionnant à part, le règlement a nettement montré que, pour ces arbres tout au

(1) Caen 19 fév. 1859 *précité*.

moins, la distinction entre terres closes ou non closes ne s'appliquait pas.

En résumé, voici quelles sont les règles à suivre pour les plantations dans les campagnes :

Pour les *arbres de haute futaie* (1), autres que les *poiriers* et les *pommiers*, la distance à observer sera de 7 pieds (2^m 30) dans les *terres non closes*, et ce conformément à l'art. 6. Dans les *terres encloses d'un mur*, la distance sera seulement de deux mètres, comme le prescrit l'art. 671.

Pour les *poiriers* et les *pommiers* (2) la distance sera, dans tous les cas, que les terres soient closes ou non, de 7 pieds (art. 5).

Pour les *bois taillis* (3) la distance est également de 7 pieds, sauf dans deux cas ; s'il existe un fossé de séparation, la distance ne sera plus que de 5 pieds (1^m 65) ; si le fonds voisin est lui-même un bois taillis, il n'y aura aucune distance à observer (art. 9).

Pour le *jonc marin*, autrement dit ajonc, la distance ne sera plus que de 3 pieds, soit 1 mètre (art. 9).

Pour les *haies* (4), auxquelles on assimile par

(1) On entend ici par arbres de haute futaie ceux dont la tige excède les haies vives, soit 6 pieds, c'est-à-dire 2 mètres (arg. art. 10 du règlement).

(2) D'après de Vilade : *loc. cit.* p. 94 et Vaudoré : *loc. cit.* v^o *plantations* n^o 30 p. 253, il faut assimiler aux poiriers et pommiers tous les arbres fruitiers, pourvu qu'on les élève à haute tige ; mais rien dans le texte ne permet cette assimilation.

(3) Les bois ayant moins de 30 ans sont taillis quand rien ne fait connaître qu'ils ne soient destinés à devenir futaie.

(4) Le règlement dit « haie à pied », ce qui veut dire haie sans

analogie les arbres basse tige par opposition aux arbres de haute futaie (1), la distance est de 1 pied et demi, soit 0^m 50 (art. 10).

Elles devront, en outre, être tondues tous les 6 ans du côté du voisin et réduites à la hauteur de 5 à 6 pieds au plus, soit 2 mètres au maximum (2).

Il est interdit également de laisser échapper dans les haies aucuns grands arbres. Néanmoins, ajoute l'art. 10, si la haie sert de séparation entre herbages et masures (3) et ne longe pas une terre en labour, il en sera usé comme par le passé. Mais, à l'heure actuelle on décide que cette réserve ne peut plus recevoir son application. C'est du moins ce qui a été jugé par la cour de Rouen dans un arrêt du 17 nov. 1826 (4). Le tribunal de Pont-Audemer, en se basant sur cette dernière partie de l'art. 10, avait

fossé (Trib. Caen 27 juil 1866; de Vilade : *loc. cit.* p. 254). En Normandie, il existe d'autres genres de haies, notamment les haies en tablette, c'est-à-dire plantées sur un talus élevé (Trib. Caen 18 déc. 1906 *Rec. Caen* 07. 20; André : *loc. cit.* n° 59). Mais, peu importe de quelle haie il s'agit; dans tous les cas la distance à observer sera la même. En effet, que l'on applique le règlement ou l'art. 671, le résultat définitif ne sera pas changé, puisque, en ce qui concerne les arbres basse tige, la règle est la même.

(1) En ce sens de Vilade : *loc. cit.* p. 96.

(2) Heureusement, dit de Vilade (*loc. cit.* p. 150) que l'intérêt du voisin est d'user de tolérance, car, si on appliquait strictement la lettre de l'article, ce serait la destruction des haies, au grand préjudice de l'agriculture.

(3) On entend par *masures* en Normandie les terres en nature d'herbage édifiées de bâtiments destinés à l'habitation du ménage. Dans le pays d'Auge ce même genre de terre porte le nom de *cour*; dans certaines parties de la Manche et du Calvados on l'appelle aussi *entretenant*.

(4) De Vilade : *loc. cit.* p. 181.

estimé que les arbres de haut jet pouvaient être plantés à pied et demi lorsqu'ils se trouvaient dans une haie servant de clôture à une mesure. La cour de Rouen a reformé ce jugement. D'après elle, l'exception, contenue dans l'art. 10 *in fine*, ne pouvait s'appliquer qu'aux arbres existant lors de la promulgation du règlement. S'il en était autrement, ajoute la Cour, l'abus de planter à une distance moindre que celle prescrite se perpétuerait indéfiniment, ce qui nuirait à l'agriculture et serait en contradiction avec l'esprit du règlement (1).

Quant aux arbres plantés sur le bord des fossés, l'art. 14 du règlement reproduit une disposition analogue à celle que nous venons d'étudier pour les plantations faites dans les haies. La solution à adopter doit donc être la même. En effet, les principes et les intérêts sont exactement les mêmes pour les haies et pour les fossés (2).

Actuellement, pour les plantations faites depuis la promulgation du règlement de 1751, c'est donc le droit commun de l'art. 6 qui s'applique dans tous les cas : la distance de 7 pieds doit être observée pour les plantations d'arbres dans les haies, aussi bien que pour celles qui sont faites sur le bord des fossés.

Il en est encore de même lorsqu'il s'agit de ce que

(1) Comparez sur ce point un arrêt de la 2^e chambre de la Cour de Caen du 8 mai 1830 (aff. *Godefroy c. Faurel*) cité par Vaudoré v^o *plantations* n^o 32.

(2) Comparez Caen 12 avril 1826 (*Rec. Caen ancienne collection* VI. 187. — 21 mars 1839 (*Rec. Caen* 39. 69).

(3) De Vilade : *loc. cit.* p. 125.

le règlement appelle les *arbres aquatiques*. L'art. 7 indique également que sur ce point il sera usé comme par le passé. Or, comme l'atteste M. de Vilade, ce passé, personne ne le connaît. On doit, par suite, pour les plantations d'arbres sur le bord des cours d'eau qui ne font pas partie du domaine public, en revenir au droit commun de la Normandie, c'est-à-dire au règlement.

Notons toutefois qu'aux termes d'un arrêt de la Cour de Rouen (1) il est d'un usage constant, dans les prairies baignées par la Seine et séparées par des creux de fossés dans lesquels remonte le flux de la mer, que le possesseur des deux rives du fossé de séparation fasse planter sur l'une ou l'autre rive des arbres aquatiques, tels que saules, aunes et osiers pour soutenir la terre de chacune des deux rives et empêcher l'éboulement dans le fossé. Cette plantation se fait communément au bord du fossé et dans le pied et demi de répare que le possesseur du fossé a laissé lors de son établissement au delà et du côté du voisin. Les saules ainsi plantés se réduisent en têtards à la hauteur de six pieds et s'émondent tous les 3 ans, en sorte que cette plantation ne cause au voisin aucun dommage ; loin de là, elle lui devient même profitable, en ce qu'elle garantit son fonds de l'atteinte des eaux de la mer, qui, après avoir miné le pied et demi de son côté, ne manqueraient pas de dégrader sa propre prairie.

Voilà ce que nous avons à dire relativement aux distances prescrites par le règlement de 1751. Mais,

(1) Rouen 28 avril 1828 (*Rec. Rouen, ancienne collection* ix, 6).

puisque'il ne s'applique que dans les campagnes, il nous faut rechercher maintenant ce que l'on doit décider relativement aux plantations dans les villes.

Dans quelques-unes on ne trouve pas d'usages bien précis, d'usages constants et reconnus, comme dit l'article 671 ; aussi c'est ce texte que l'on devra appliquer. Ceci a été jugé notamment pour la ville de Lisieux (1) et pour la ville du Havre (2).

Dans un certain nombre d'entre elles, au contraire, il existe des usages spéciaux que nous devons signaler. Ainsi à Rouen, il est permis de planter, sans observer aucune distance, des arbres d'agrément ou d'ornement, pourvu qu'ils ne dépassent pas 2 mètres (3), et les arbres à haute tige pourvu qu'ils ne dépassent pas le mur de séparation (4).

A Caen et à Bayeux, la liberté de planter sans observer aucune distance est encore plus complète et, comme le dit un arrêt, elle « ne doit recevoir d'exception que lorsque les plantations occasionneraient un grand préjudice au propriétaire du fonds voisin » (5). Il en est de même à Cherbourg (6).

Le maintien de ces usages dans les villes se justifie parfaitement. En effet, l'application stricte de

(1) Caen 15 juin 1876 (*Rec. Caen* 76. 163).

(2) Rouen 1^{er} févr. 1896 (*Rec. Havre* 96. 2. 16).

(3) Trib. Rouen 11 avril 1866 (*Rec. Rouen* 66. 211).

(4) Rouen 9 mars 1878 (*Rec. Rouen* 78. 197). Ce dernier usage est, remarquons-le, conforme au nouveau texte de l'art. 671 modifié par la loi de 1881.

(5) Caen 25 juin 1831 (*Rec. Caen* 40. 102) Trib. Caen 25 mars 1840 (*Rec. Caen* 40. 105) *Adde* en ce sens Demolombe : xi n^{os} 486 et 493.

(6) Loysel p. 83 ; Mouchel p. 30.

la loi aboutirait le plus souvent dans certains jardins, où l'espace est très restreint, à une impossibilité presque absolue de planter. N'est-il pas plus conforme aux intérêts de chacun de laisser toute liberté et de n'admettre de réclamation de la part du voisin que s'il se plaint d'un préjudice sérieux (1) ?

Qu'il s'agisse des distances prescrites par les règlements ou les usages ou de celles imposées par l'art. 671, il faut savoir comment se calculent ces distances et quelles sont les deux limites entre lesquelles il convient de les circonscrire. Du côté du fonds voisin, c'est la ligne séparative entre les deux fonds qu'il faut considérer. Si la clôture est mitoyenne, la distance sera calculée à partir du milieu, c'est là, en effet, que se trouve en réalité la limite des deux fonds (2). Si la clôture n'est pas mitoyenne, il faut distinguer suivant qu'elle est établie sur le fonds du propriétaire qui veut planter ou sur celui de son voisin. Dans le premier cas, l'espace sur lequel se trouve la clôture doit être compris dans la distance puisqu'il se trouve en deçà de la ligne séparative. Dans le second cas, au contraire, cet espace devra être complètement exclu puisqu'il est alors compris dans le fonds voisin.

(1) En ce qui concerne les villes situées hors de la Normandie, voyez pour Paris (Paris 27 août 1858 ; S. 58. 2. 637 ; D. 61. 5. 449. — 17 févr. 1862 ; S. 62. 2. 137 ; D. 62. 2. 96. Rouen, statuant comme cour de renvoi, 11 mars 1869 (*Rec. Rouen* 70. 37) pour Bordeaux (Bordeaux 13 mars 1860 ; D. 61. 5. 449 ; S. 60. 2. 479) pour Sens (Civ. rej. 28 juillet 1873 ; D. 74. 1. 22 ; S. 73. 1. 149).

(2) Voyez ce qui a été jugé en matière de vues pour lesquelles la question se pose de la même façon (Req. 5 mai 1831 ; S. 33. 1. 836),

Notons que, si la clôture est formée par une haie, il faudra, bien entendu, compter la distance à partir de la tige de la plante au-dessus du sol et non pas à partir des racines qui, en dessous, s'étendent inégalement (1).

Lorsque les deux propriétés ne sont pas contiguës, mais seulement voisines, lorsqu'elles sont séparées, par exemple, soit par un chemin, soit par une rivière (2), on devra, dans le calcul, tenir compte de leur largeur. Cependant, pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'il s'agisse d'un terrain public. Si le chemin dépendait, par exemple, du fonds voisin, sa largeur ne pourrait pas être comprise dans la distance à observer. Ainsi, le propriétaire d'un arbre dont la hauteur dépasserait deux mètres ne pourrait le maintenir à l'extrême limite de son fonds sous le prétexte que la distance requise est observée entre cet arbre et les terres cultivées et qu'il ne peut causer aucun dommage à ces terres (3).

Voyons maintenant quel est le point de départ du calcul sur le fonds du propriétaire qui veut planter. Depuis quelle partie de l'arbre la distance doit-elle être prise ? D'après M. Demolombe, cette distance doit être calculée depuis la surface extérieure de l'arbre prise au jour de la plantation et il importe peu que, par suite de l'accroissement ultérieur de

(1) Trib. Caen 27 juil. 1866 (de Vilade : *loc. cit.* p. 254) Comp. Colmar 18 nov. 1845 (D. 46. 2. 224).

(2) S'il s'agit d'un cours d'eau non navigable ni flottable, le calcul de la distance se fait du milieu du ruisseau, dont le lit appartient aux riverains, d'après l'art. de la loi du 8 avril 1898.

(3) Civ. cass. 25 mars 1862 (D. 62. 1. 174 ; S. 62. 1. 470) Req. 20 mars 1828 (S. 28. 1. 354).

l'arbre, cette distance ne soit plus tout à fait entière. C'est qu'en effet le législateur n'a prescrit l'observation de la distance qu'au moment où l'arbre serait planté et, comme il est fatal que l'arbre grossisse, la distance a été prescrite en conséquence (1). Nous ne pensons pas devoir adopter cette opinion et nous préférons dire, avec la majorité des auteurs, que la distance doit être mesurée à partir du cœur de l'arbre. En effet, la distance prescrite doit être invariable ; or, elle varierait si on la calculait, comme l'indique M. Demolombe, selon que l'arbre serait plus ou moins gros au jour de sa plantation, ce qui est inadmissible (2).

Supposons maintenant que les distances prescrites n'aient pas été observées, quel sera le droit du voisin ?

S'il s'agit d'un arbre planté à une distance inférieure à 2 mètres, le voisin pourra exiger qu'il soit abattu. Ce droit est absolu pour lui et il sera bien fondé à l'exercer quelque minime que soit la différence entre la distance observée et la distance légale (3) et sans avoir à invoquer que les plantations dont il demande l'arrachement lui causent un préjudice (4). Par contre, dès que les arbres se trouvent à la distance prescrite, il n'est pas permis d'en demander l'enlèvement, alors même qu'ils causeraient un dommage au fonds voisin (5).

(1) Demolombe : XI n° 496.

(2) Aubry et Rau : II § 197 p. 327 ; Laurent : VIII n° 8 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 1011.

(3) Req. 20 mars 1828 et Civ. cass. 25 mars 1862 *précités* Civ. cass. 2 juil. 1867 (S. 67. 1. 388 ; D. 67. 1. 280).

(4) Civ. cass. 5 mars 1850 (S. 50. 1. 377 ; D. 50. 1. 78).

(5) Req. 8 juil. 1874 (S. 75. 1. 250 ; D. 75. 1. 112),

S'il s'agit d'arbres plantés dans la zone comprise entre un demi-mètre et 2 mètres, le voisin ne peut, en aucun cas, demander qu'ils soient arrachés, mais il a le droit d'exiger que les arbres soient toujours maintenus à une hauteur ne dépassant pas 2 mètres.

Dans les campagnes de la Normandie, il existe un usage, conforme d'ailleurs au règlement de 1751, et d'après lequel le propriétaire peut conserver des arbres qui ne se trouvent pas à la distance prescrite, à la condition de les couper au niveau du sol et de les convertir en bois taillis. Dès lors, par application de l'art. 9 du règlement, s'il existe un fossé de séparation entre les deux fonds, le propriétaire pourra conserver des arbres qui ne seraient plantés qu'à 5 pieds du voisin, et, si le fonds de ce dernier est lui-même en nature de bois taillis, il pourra même conserver ceux qui seraient plantés à une distance moindre (1).

Le voisin, qui se plaint, ne peut pas lui-même procéder à l'arrachage des arbres ou à leur réduction, il ne peut que sommer son voisin de faire ce travail. La première solution constituerait, en effet, une atteinte trop grave au droit du propriétaire et il n'est pas possible de l'admettre sans texte. Néanmoins, le voisin n'est pas désarmé complètement et, si le propriétaire des arbres n'obéit pas à l'injonction qui lui est faite, il pourra y être contraint par le juge, qui, au besoin, ordonnera que l'arrachage soit fait par un tiers aux frais du propriétaire récalcitrant.

(1) Comp. Caen 24 août 1835 (*Rec. Caen* 47. 146).

§ III. — Des distances et des ouvrages intermédiaires
requis pour certaines constructions.

D'après la législation des XII Tables, le propriétaire qui labourait son champ ou qui construisait sur son terrain, ne devait pas atteindre l'extrême limite de son héritage : il était obligé de laisser un espace de 2 pieds et demi. La même prescription était évidemment imposée au propriétaire voisin ; si bien que les fonds romains se trouvaient tous séparés par un chemin de 5 pieds, auquel on donnait alors le nom d'*ambitus*.

Cet usage passa dans les Gaules et se maintint quelque temps dans les pays de droit écrit sous le nom d'*investison*, sans doute parce que cet espace environnait les propriétés de chacun et les « investissait » pour ainsi dire.

On voit d'ici la perte considérable qui était la conséquence d'un pareil système. On devine aussi ce qui devait se passer dans les agglomérations urbaines. Cette multitude de ruelles étroites servit bientôt de repaires à tous les bandits. Les inconvénients furent si considérables que la législation postérieure ne reproduisit pas cette défense d'utiliser son terrain jusqu'en fin d'héritage (1).

Lors de la rédaction du Code civil, il y avait longtemps qu'on ne pensait plus à l'*ambitus* ni à l'*investison*, et il ne fut pas question de rétablir cette restriction au droit de propriété.

Comme l'a dit M. Gillet dans son discours au

(1) Girard : *Manuel de droit romain* p. 253 note 2.

Corps législatif, « les progrès de la civilisation, qui
« rapprochent aujourd'hui davantage toutes les par-
« ties de la population et qui rendent le terrain plus
« précieux, ont déterminé à ne pas rendre ces anciens
« usages obligatoires » (1). Actuellement, tout pro-
priétaire est libre d'édifier des constructions jusqu'à
la limite extrême de son fonds et même de juxtapo-
ser son mur contre celui du voisin, à la condition
de n'y prendre aucun point d'appui. Dans ce cas, il
ne fait qu'user de son droit le plus strict, et ce fait,
à lui seul, n'autorise pas le voisin à se plaindre (2).

Néanmoins, il y a des cas où cette liberté absolue
d'utiliser les fonds jusqu'à leur extrême limite serait
dommageable pour le voisin, et, comme il est tou-
jours préférable de prévenir que d'avoir à réprimer,
le Code a, sur ce point encore, apporté une restric-
tion notable au droit du propriétaire. Aux termes de
l'art. 674, celui qui veut établir près d'un mur,
mitoyen ou non, soit un puits ou une fosse d'aisances,
soit une cheminée, unâtre, une forge, un four ou
un fourneau, soit une étable, soit un magasin à sel
ou un amas de matières corrosives, est obligé, pour
éviter de nuire au voisin, de laisser la distance
prescrite par les règlements et usages sur ces objets,
ou à faire les ouvrages prescrits par les mêmes
règlements et usages.

Le législateur a considéré ces travaux comme

(1) Loqué : *La législation civile, commerciale et criminelle de la France* VIII p. 407. *Comp.* Évreux 19 févr. 1881 (*Rec. Rouen* 81. 83).

(2) Chambéry 30 mars 1904 (S. 05. 2. 140) Montluçon 22 mars 1901 (*Gaz. Pal.* 01. 2. 28) Seine 14 janv. 1870 (D. 76, 2. 9),

étant nuisibles en eux-mêmes. Dès lors, il suffira que les précautions prescrites n'aient pas été prises pour que le voisin soit en droit d'exiger que les travaux soient supprimés ou refaits conformément aux règles de l'art. Le voisin n'aura pas besoin d'invoquer l'existence d'un dommage actuel, un préjudice éventuel étant en quelque sorte toujours présumé de plein droit (1). C'est cette conséquence, fort onéreuse, dans certains cas, pour le constructeur, qui différencie l'art. 674 de l'art. 1382.

Les restrictions au droit de propriété, contenues dans l'art. 674, ainsi que toutes celles que nous avons examinées jusqu'à présent, concernent avant tout l'intérêt privé du voisin. Aussi, celui-ci peut-il perdre, soit par convention, soit par prescription, le droit de s'en prévaloir (2). Néanmoins, il ne faut pas oublier que la plupart de celles-ci sont également fondées sur l'intérêt public, telles sont, par exemple, les mesures de précaution qui ont pour objet de prévenir l'infiltration d'eaux malsaines ou les causes d'incendie. Aussi faut-il admettre que, dans tous ces cas, le propriétaire qui a acquis, au respect de son voisin, le droit de ne pas prendre toutes les précautions exigées, peut malgré tout se trouver contraint, par l'administration, d'exécuter les travaux que celle-ci jugerait nécessaires (3).

(1) Caen 27 janv. 1870 (*Rec. Caen* 70. 257) Orléans 24 nov. 1905 (*Pand. fr.* 06. 2. 163) Comp. Req. 18 nov. 1883 (D. 85. 1. 29). Cet arrêt décide que le voisin peut demander la suppression d'une fosse à fumier construite en contravention d'un arrêté, alors qu'il n'y a pas eu de procès-verbal relevé contre le propriétaire.

(2) Req. 4 févr. 1885 (D. 85. 1. 320; S. 85. 1. 507).

(3) Bordeaux 18 mai 1858 (S. 59. 2. 177),

Comme on peut le remarquer, l'art. 674 ne détermine pas quelles sont les précautions qu'il y a lieu de prendre quand on exécute sur son fonds les travaux qu'il énumère. Ce texte s'en remet sur ce point aux règlements et usages locaux. C'est que, comme le faisait remarquer Berlier au Corps législatif, « la loi ne saurait prescrire l'emploi de tels ou « tels matériaux qui n'existent pas également partout : ici, se trouve la pierre de taille ; là, il n'y a « que de la brique, et pourtant ces éléments sont la « vraie, l'unique mesure des obligations ultérieures ; « car mon voisin, s'il veut construire une cheminée, « une forge ou un fourneau, ne peut, néanmoins, « mettre ma propriété en danger, et elle y sera, « selon qu'il emploiera tels matériaux au lieu de tels « autres, ou que, selon la nature de mes constructions, il en rapprochera plus ou moins les « siennes » (1). Il était donc bien préférable de ne pas formuler une règle uniforme, qui eût été une source de gêne dans les rapports de voisinage : le mieux était de s'en référer aux usages locaux, qui résultent toujours de la nature des matériaux employés et de la manière dont on les met en œuvre et qui suivent sans cesse la loi du progrès, en se transformant perpétuellement à mesure que les matériaux changent et que les moyens d'exécution se modifient (2).

On doit donc appliquer les règlements et les usages. Mais que faut-il entendre ici par le mot

(1) Loqué : *op. cit.* VIII. p. 373 ; — Fénét : *op. cit.* XI. p. 309.

(2) Douai 26 avril 1897 sous Req. 12 janv. 1899 (D. 99. 1. 279).

« règlements » ? Il ne s'agit plus seulement, comme pour l'application de l'art. 671, des règlements « actuellement existants », c'est-à-dire des anciens usages codifiés, tel que le règlement de 1751. Le mot règlement, employé seul, a une portée plus générale et il comprend également les arrêtés émanant de l'autorité administrative. Aussi, décide-t-on que les prescriptions de ces arrêtés devront être observées dans les hypothèses que prévoit l'art. 674 (1). Nous adoptons sans hésiter cette solution qui nous paraît, d'ailleurs, imposée par les termes de l'art. 544. Cependant, nous croyons devoir faire remarquer que les règlements de police ne peuvent modifier en quoi que ce soit le droit des particuliers entre eux, les maires et les préfets n'ayant été investis du droit de prendre des arrêtés que dans l'intérêt général de la sécurité ou de la salubrité publique (2). Dès lors, quand l'intérêt privé sera seul en jeu, les juges ne seront pas tenus de faire observer à la lettre les prescriptions de ces arrêtés ; ils pourront simplement s'en inspirer, à titre d'indication, pour rechercher si les précautions suffisantes ont été prises (3).

Mais que décider s'il n'y a ni règlements ni usages relatifs aux travaux que le propriétaire se propose d'exécuter ? La rigueur des principes conduit à

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 1023; Hue : iv n° 371; Caen 22 févr. 1877 (*Rec. Caen* 77. 184).

(2) *Comp. Crim.* rej. 16 déc. 1881 (S. 84. 1. 94; D. 82. 1. 185) Caen 27 janv. 1870 (*Rec. Caen* 70. 257).

(3) *Comp. Orléans* 24 nov. 1905 (*Pand. fr.* 06. 2. 163) Douai 26 févr. 1897 *précité*.

conclure que le propriétaire conserve alors son droit absolu. Il est d'autant plus permis de raisonner ainsi que le législateur dans l'art. 671, relatif aux plantations, a pris soin de déterminer la règle à suivre à défaut d'usages ; s'il ne l'a pas fait ici, à trois articles de distance, il est difficile d'admettre que c'est le résultat d'un oubli. Toutefois, en pratique, il est bien évident que le propriétaire ne se hasarderait pas à user de ce droit absolu. Il risquerait trop, s'il venait à causer un dommage quelconque au voisin, de se voir condamner en vertu de l'art. 1382. Aussi aura-t-il tout intérêt à procéder comme dans l'hypothèse de l'art. 662, c'est-à-dire à s'entendre avec son voisin pour faire au préalable déterminer les précautions qu'il y a lieu de prendre. S'il ne l'avait pas fait, il faudrait alors s'en remettre à l'appréciation du juge. Celui-ci, comme l'indique M. Demolombe, aura toute latitude pour se décider d'après le *quid utilius* (1). Il pourra, après s'être éclairé par un rapport d'expert, ordonner telle mesure qu'il jugera convenable (2).

Les mots « mur mitoyen ou non », employés dans l'art. 674, désignent évidemment le mur commun ou celui qui appartient en propre au voisin de celui qui construit. Quelques auteurs (3) ont soutenu que ces mots s'appliquaient aussi au mur appartenant exclusivement au constructeur ; mais cette opinion est depuis longtemps abandonnée, lorsqu'il s'agit tout au moins de mesures de précau-

(1) Demolombe : XI n° 521.

(2) *Comp. Req.* 29 janv. 1829 (S. 29. 1. 201).

(3) Delvincourt : II p. 161 note 8 ; Pardessus : I n° 200.

tion exigées seulement dans l'intérêt privé du voisin (1). En effet, si le constructeur est tenu de ne pas nuire au mur mitoyen, on conçoit très bien qu'il soit *a fortiori* tenu de ne pas dégrader le mur appartenant exclusivement au voisin, mais on ne comprend plus qu'il fût obligé à prendre des précautions pour protéger son propre mur à lui. Il n'en pourrait être différemment que si l'intérêt public était en jeu.

D'ailleurs, celui qui serait incommodé par des ouvrages accomplis le long d'un mur appartenant privativement à son voisin, aurait tout au moins la ressource d'acquérir la mitoyenneté du mur, ce qui obligerait l'ancien propriétaire à prendre les précautions voulues.

Voyons maintenant les cas dans lesquels l'art. 674 oblige le propriétaire, pour éviter de nuire au voisin, soit à laisser la distance prescrite, soit à exécuter les ouvrages de protection ordonnés par les usages ou les règlements.

L'art. 674 parle d'abord du creusement d'un *puits* ou d'une *fosse d'aisances*. Il s'agit alors de prévenir les infiltrations et les émanations nuisibles. Sur ce point, on applique en Normandie les prescriptions de l'art. 613 de la Coutume, lequel est ainsi conçu :
« Contre mur mitoyen, aucun ne peut faire *chambres*
« *aisées* ou *citernes*, sinon en faisant bâtir contre-
« mur de trois pieds d'épais, en bas et au-dessous du
« rez-de-terre, à pierre, chaux et sable tout à

(1) Aubry et Rau : II § 198 p. 333 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 1022 ; Demolombe : XI n° 516.

« l'entour de ladite fosse destinée aux dites chambres ou citernes » (1).

En second lieu, l'art. 674 prévoit la construction d'une *cheminée* ou *âtre*, *forge*, *four* ou *fourneau*. Des précautions doivent être prises alors pour prévenir le danger d'incendie et pour préserver le mur des dégradations que pourrait lui causer la chaleur. En Normandie, on s'en réfère, pour ces constructions, à l'art. 614 de la coutume, qui s'exprime ainsi : « Qui veut faire *forge*, *four* ou *fourneau* « contre le mur mitoyen, doit laisser demi-pied de « vuide d'intervalle entre deux du mur du four ou « forge et doit être ledit mur de pierre, brique ou « mouaillon » (2). On admet toutefois que ce vide d'un demi-pied (0^m 16), généralement connu sous le nom de *tour de chat*, peut être remplacé par un contre-mur ou même par des plaques de fonte placées au contre-cœur de la cheminée (3). Mais on ne saurait soutenir, pour se dispenser de prendre les précautions exigées, que le mur est suffisamment épais pour éviter tout danger. En effet, comme l'indique un jugement du tribunal civil de Caen, si un contre-mur, qui fait tampon entre le four et le mur du voisin, peut équivaloir à un tour de chat, il n'est pas conforme aux principes de dire que l'épaisseur du mur, en parant au danger d'incendie, dis-

(1) *Comp.*, pour Caen, l'arrêté municipal du 15 avril 1870 et le règlement du préfet du Calvados du 3 juill. 1905 (art. 39 et suiv.). *Adde* : Caen 10 mai 1822 (*Rec. Caen* 70. 257 *ad notam*). — 17 mai 1847 (*Rec. Caen* 47. 309). — 17 mars 1849 (*Rec. Caen* 49. 142). — 27 janv. 1870 (*Rec. Caen* 70. 257) André : *loc. cit.* n^{os} 83 et 86.

(2) Rouen 27 mars 1855 (*Rec. Rouen* 55. 129).

(3) Desgodets : n^o 3 sous l'art. 189 de la Coutume de Paris.

pense du vide ou du contre-mur, puisque le contact du feu avec un mur même épais aura toujours pour effet de dégrader ce mur et d'en désagréger peu à peu les matériaux, inconvénient qui serait évité, soit par un vide, soit par un contre-mur empêchant tout contact direct (1).

Notons enfin, avec M. Demolombe (2), que l'art. 674 ne distinguant pas entre les fours des particuliers et ceux des boulangers ou pâtisseries, les mêmes précautions sont requises pour les uns et les autres (3).

L'art. 674 mentionne en troisième lieu les *étables* que l'un des propriétaires viendrait à adosser contre le mur de son voisin. Si des précautions n'étaient pas prises, l'humidité des fumiers ne tarderait pas à pénétrer jusqu'au mur et à l'endommager sérieusement. Sur ce point, la Coutume de Normandie est restée muette. On supplée en pratique à son silence par les dispositions de la Coutume de Paris qui prescrit l'établissement d'un contre-mur ayant huit

(1) Trib. civ. Caen 23 déc. 1891 (aff. *Lebourgeois c. Lénault*). Ce jugement n'a pas été rapporté. En sens contraire, voyez un arrêt de Riom du 14 nov. 1842 (S. 43, 2, 7), qui décide que, si le mur a une très grande épaisseur (1^m60), il n'y a pas lieu d'exiger soit un vide, soit un contre-mur. Cette solution ne peut se justifier que par l'épaisseur tout à fait anormale du mur dont il s'agissait.

(2) Demolombe : XI n° 519 B.

(3) En ce qui concerne plus spécialement les forges où il est fait usage de charbon de terre, on doit appliquer un règlement du 29 mars 1510, qui prescrit aux industriels de faire exhausser leurs cheminées de 2 pieds (0^m66) au-dessus du faite des maisons où ils exercent leur profession. Caen 9 juin 1840 (*Rec. Caen* 40. 281).

pouces (0^m 24) d'épaisseur et s'élevant jusqu'au rez de la mangeoire (1).

Enfin, l'art. 674 prévoit l'établissement contre le mur de séparation d'un *magasin à sel* ou d'un *amas de matières corrosives*. Dans ce cas, l'existence d'un contre-mur est également nécessaire. Son épaisseur sera la même que dans le cas précédent. Quant à la hauteur et à la longueur, ce seront évidemment celles du magasin ou de l'amas eux-mêmes (2).

Tels sont les seuls ouvrages que le législateur a, de plein droit, présumés nuisibles au voisin ; mais tous les auteurs s'accordent à reconnaître que l'énumération, contenue dans l'art. 674, n'est pas limitative (3). Certes, on pourrait soutenir que, s'agissant de restrictions au libre exercice du droit de propriété, il n'est pas permis d'ajouter aux prohibitions de la loi. Mais, dit M. Demolombe, il est plus sage et plus conforme, à la pensée du législateur, d'appliquer cette disposition aux ouvrages et entreprises qui présentent avec ceux que le texte a directement prévus une analogie ne permettant pas raisonnablement de les distinguer. Tous les ouvrages dont le voisinage est dangereux par lui-même rentrent dans la sphère de cet article, et les tribunaux doivent, dans tous les cas similaires, ordonner l'exécution des mesures préventives établies par les règlements et les usages.

C'est ainsi que l'on a décidé que les règles rela-

(1) Caen 20 avril 1877 (*Rec. Caen* 77. 274).

(2) Caen 20 avril 1877 *précité*.

(3) Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 1021 ; Hue : *iv* n° 370 ; Aubry et Rau : *ii* § 198 p. 333 ; Demolombe : *xi* n° 520.

tives aux puits et aux fosses d'aisances sont communes aux citernes (1), aux canaux destinés à la conduite des eaux et aux réservoirs (2), aux égouts (3), que celles relatives aux fours et fourneaux sont également applicables aux tuyaux d'une fournaise (4). La jurisprudence assimile aussi aux étables une écurie (5), une fosse à fumier (6), les fosses dont se servent les tanneurs (7); aux amas de matières corrosives, il convient encore d'assimiler un amas de terres ayant salpêtré le mur du voisin (8). Sur tous ces points, la Cour Suprême reconnaît, d'ailleurs, aux juges du fait un pouvoir souverain d'appréciation (9).

Comme nous l'avons vu, l'art. 674 suppose que les ouvrages qu'il énumère sont établis près d'un mur. De là, il faut conclure que, le Code n'ayant pas maintenu l'autorité des anciens usages destinés à

(1) Merlin : *Répertoire* v° *cloaque*.

(2) Dalloz : *Répertoire* v° *servitudes* n° 698 ; Demolombe : xi n° 520.

(3) *Ibid.* n° 703.

(4) Demolombe : xi n° 520.

(5) Caen 20 avril 1877 *précité*.

(6) Req. 28 nov. 1883 (D. 85. 1. 29) Bordeaux 17 juill. 1889 (D. 90. 2. 142).

(7) Orléans 24 nov. 1905 (*Pand. fr.* 06. 2. 163).

(8) Caen 20 avril 1877 *précité* ; Demolombe : xi n° 520. Il ne serait même pas nécessaire, pour que l'art. 674 fût applicable, qu'il y eût un magasin de matières corrosives, si, d'ailleurs, celles établies contre le mur étaient de nature à l'endommager. (Déclaration à la section de législation du Tribunat ; Fenet : *op. cit.* p. 288.)

(9) Civ. rej. 10 juil. 1872 (D. 72. 1. 257) Req. 7 nov. 1849 (D. 49. 1. 295 ; S. 50. 1. 18).

prévenir le dommage qui pourrait être causé à toute autre partie du fonds voisin, ces usages ont cessé d'être obligatoires et que les tribunaux ne peuvent plus les appliquer comme ayant force de loi (1).

Néanmoins, les juges, saisis d'une plainte du voisin, ont, comme nous l'avons déjà dit, le pouvoir d'examiner en fait si le danger est sérieux et imminent et, en cas d'affirmative, de prescrire les mesures préventives les plus convenables et, par exemple, celles établies par les anciens usages (2).

En ce qui concerne le creusement des fossés, la jurisprudence est même allée plus loin et elle décide que les usages, qui réglementent cette matière, sont encore en vigueur et ont force obligatoire (3). Dès lors, le propriétaire qui creuse un fossé sur son terrain est obligé de laisser auprès de la propriété voisine l'espace prescrit par l'usage et appelé *répare* ou *franc-bord*. Cette précaution s'impose à lui et les tribunaux doivent le contraindre à l'observer sans pouvoir lui permettre d'y suppléer par des travaux quelconques.

De ce système, il résulte que par ce seul fait que le propriétaire aura négligé de laisser un franc-bord, il sera censé avoir troublé la jouissance du voisin et que celui-ci pourra valablement exercer

(1) Aubry et Rau : § 198, p. 333 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 1021.

(2) Aubry et Rau : *ibid.* ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *ibid.*

(3) Bordeaux 16 juil. 1879 (D. 81. 2. 72 ; S. 79. 2. 329) Civ. rej., 3 juil. 1849 (S. 49. 1. 624 ; D. 49. 1. 316). — 11 avril 1848 (S. 48. 1. 395 ; D. 48. 1. 81). Comparez, pour le cas où il n'y a pas d'usages, Req. 3 janv. 1854 (S. 54. 1. 119 ; D. 54. 1. 61).

contre lui la complainte possessoire (1). Il s'ensuit encore que cet espace est présumé lui appartenir (2).

Quelque critiquable, juridiquement, que soit cette jurisprudence dont le résultat est de créer une restriction au droit de propriété sans aucun texte de loi qui le permette (3), elle est aujourd'hui trop fermement établie pour qu'il soit permis d'espérer un revirement. Nous devons donc indiquer quel est l'usage auquel se réfèrent encore sur ce point les Cours de Caen et de Rouen.

Cet usage a été consacré par le règlement du 17 août 1751, dont nous avons déjà parlé. Ce texte est ainsi conçu dans son art. 13 : « *Celui qui fera*
« *construire un fossé sur son fonds sera tenu de*
« *laisser, du côté du terrain voisin et au delà du*
« *creux du fossé, un pied et demi (0^m 50) de répa-*
« *ration, et, si la terre voisine est en labour, il*
« *sera tenu de laisser au moins deux pieds (0^m 66)*
« *de réparation au delà du creux : ordonne, en*
« *outré, que tout fossé sera fait en talus du côté*
« *du voisin* ».

Cet article du règlement, qui est considéré encore actuellement comme faisant en Normandie la loi entre voisins (4), comprend deux dispositions : l'une relative à la distance à observer pour le creusement

(1) Civ. rej. 3 juil. 1849 et 11 avril 1848 *précités*.

(2) Civ. rej. 3 juil. 1849 et 11 avril 1848 *précités*; Dijon 22 juil. 1836 (S. 36. 2. 387).

(3) Laurent : VIII n° 32 ; Demolombe : XI n° 464 ; Baudry Lacantinierie et Chauveau : *Des biens* n° 998. *Adde : supra*, p. 63.

(4) Caen 20 juin 1885 (*Rec. Caen* 85. 218).

des fossés (1), l'autre qui prescrit la façon dont le fossé doit être fait.

De ce que le propriétaire d'un fossé est tenu de laisser une répare du côté du voisin, il en résulte qu'il doit l'entretenir. En effet, dit la Cour de Caen (2), « ces sortes de réparations sont établies, non « seulement dans l'intérêt du propriétaire pour « constituer le parement du fossé du côté du voisin « et lui donner la facilité de réparer son fossé, mais « encore, et surtout, dans l'intérêt du voisin lui-même pour empêcher l'éboulement de ses terres ». Dès lors, il suffit que la répare ait disparu par suite de l'affaissement des terres dans le creux du fossé pour que le propriétaire puisse être condamné à les relever, et cela, ajoute la Cour, sans avoir à faire intervenir ici l'art. 41 du règlement relatif aux clôtures, qui n'est alors d'aucune application. De même encore, le voisin est en droit de contraindre le propriétaire du fossé à couper les ronces et les broussailles qui l'envahissent (3).

Ajoutons, néanmoins, que la jurisprudence s'est

(1) Sur la présomption de propriété résultant de cette distance que le propriétaire est censé avoir observée en faisant le fossé, voyez Caen 14 juil. 1825 (S. 26. 2. 29). — 13 mars 1839 (*Rec. Caen* 39. 75). — 30 mars 1859 (*Rec. Caen* 59. 161). — 8 mai 1865 (*Rec. Caen* 65. 95). Rouen 2 juil. 1877 (*Rec. Rouen* 78. 85). Notons que cette présomption ne s'applique plus quand il s'agit d'un fossé creusé à l'origine entre diverses parties d'un même domaine. Rouen 18 nov. 1880 (*Rec. Rouen* 81. 97) Caen 23 juin 1860 (*Rec. Caen* 60. 207). En ce qui concerne un genre spécial de fossé usité dans le Bocage, voyez Caen 26 avril 1831 (*Rec. Caen* 59. 161 *ad notam*) Adde: Trib. Caen 18 déc. 1906 (*Rec. Caen* 07. 20).

(2) Caen 20 juin 1885 *précité*.

(3) *Ibid.*

chargée de corriger elle-même ce que son système pouvait avoir de trop absolu. Elle reconnaît que, si la disposition de l'art. 13 impose au propriétaire qui fait un fossé, l'obligation de laisser une répare de 0^m 50 afin d'empêcher l'éboulement des terres, elle lui permet volontiers de procéder autrement du moment où aucun éboulement n'est possible. C'est ainsi qu'il a été décidé par la Cour de Caen (1) que « l'art. 13 du règlement de 1751 établit bien des « règles pour le cas où le fossé serait du côté du « voisin, mais qu'il n'interdit pas au propriétaire le « droit de le faire différemment; qu'il n'est pas « prohibitif et ne restreint le droit de propriété qu'en « ce sens qu'on ne peut pas faire de fossé auprès du « voisin sans le faire en talus et sans laisser au moins « un pied et demi ou deux pieds de distance. Mais, « si on veut mettre le rejet entre le fossé et le fonds « du voisin, rien ne s'y oppose, parce que le seul « but de l'art. 13 de ce règlement est d'empêcher « qu'en faisant un fossé ou en le réparant, on fasse « ébouler les terres du voisin. »

Nous savons maintenant quelles précautions doivent être prises par le propriétaire lorsqu'il exécute sur son fonds les travaux énumérés dans l'art. 674, et ceux que la jurisprudence y assimile. Mais supposons que toutes les précautions en usage aient été prises et que malgré cela le voisin éprouve un préjudice du chef de ces travaux, celui-ci sera-t-il désarmé complètement ? C'est l'examen de cette question qui va faire l'objet de notre deuxième partie.

(1) Caen 22 févr. 1821 rapporté par de Vilade (*loc. cit.* p. 211).

DEUXIÈME PARTIE

**Des restrictions au droit de propriété
admises par la jurisprudence.**

DEUXIÈME PARTIE

Des restrictions au droit de propriété admises par la jurisprudence.

En dehors des restrictions au droit de propriété limitativement énumérées par les lois et les règlements chaque propriétaire devrait, semble-t-il, rester maître de faire sur son fonds tout ce qui lui conviendrait. De la définition du droit de propriété donnée par le Code, il paraît résulter en effet qu'en l'absence de texte précis c'est la liberté la plus absolue qui doit être la règle.

Mais dans bien des cas, pour pouvoir user de cette liberté d'une façon complète, il faudrait que chaque propriétaire pût s'isoler de ses voisins. En effet, la plupart des actes qu'il accomplira sur son fonds aura sur le fonds voisin une répercussion inévitable, laquelle viendra gêner et diminuer d'autant le droit du voisin. Or ce droit du voisin est lui aussi absolu en principe. De là un conflit perpétuel qui est pourtant impossible à admettre et qui conduit fatalement à cette conséquence que le droit de propriété, précisément parce qu'il est absolu de

sa nature, doit être restreint dans son exercice (1).

C'était bien ainsi d'ailleurs que Pothier avait compris le droit de propriété quand il le définissait : « le droit de disposer à son gré d'une chose, sans donner néanmoins atteinte au droit d'autrui, ni aux lois » (2).

Si le Code civil n'a pas reproduit textuellement cette définition, il ne faut pas en conclure que le législateur ait entendu exclure la limitation qui en résulte et qui a pour but de sauvegarder les intérêts privés. Dans son discours au Corps Législatif le tribun Grenier s'est d'ailleurs formellement expliqué sur ce point. Après avoir rappelé la formule qui est devenue l'art. 544, il ajoutait : « On sent au premier abord la justesse de cette définition. Elle rappelle celle qu'on trouve dans le droit romain, qui paraît aussi avoir été faite avec soin : *jus utendi et abutendi re suâ, quatenus juris ratio patitur*. Mais, osons le dire, la définition contenue dans le projet de loi est plus exacte. L'esprit se refuse à voir ériger l'*abus* en *droit*. Il est bien toléré par la loi civile tant qu'il ne nuit point à autrui ; mais dans les règles de la loi naturelle et de la morale, on ne doit pas se le permettre. Aussi on était porté à penser que par ces expressions, *jus abutendi*, les Romains n'avaient voulu entendre que *le droit de disposer de la manière la plus absolue*, et qu'ils s'en étaient seulement servis par opposition à ces mots, *jus*

(1) Capitant : *op. cit. Recue critiq.* 1900. p. 163 *in fine* ; Demolombe : XII n° 653.

(2) Pothier : IX n° 4. p. 103.

utendi et fruendi, sous lesquels ils avaient défini l'usufruit » (1).

Portalis, l'orateur du gouvernement, ne s'était pas exprimé moins clairement quelques jours auparavant devant la même assemblée. « Le droit du propriétaire, dit-il, quelque étendu qu'il soit, comporte quelques limites que l'état de société rend indispensables. Vivant avec nos semblables, nous devons respecter leurs droits, comme ils doivent respecter les nôtres. Nous ne devons donc pas nous permettre, même sur notre fonds, des procédés qui pourraient blesser le droit acquis d'un voisin ou de tout autre » (2).

De son côté, la jurisprudence ne s'est pas fait non plus une autre idée du droit de propriété et elle déclare que « la faculté de tout faire sur sa propriété est limitée par la nécessité de respecter et de laisser intacte la propriété voisine;.. qu'il y a, entre tous les héritages contigus, des obligations réciproques et corrélatives, adhérentes au sol lui-même et indépendantes de la personne qui le détient; en un mot de véritables obligations réelles, dont le propriétaire du fonds lésé a le droit de poursuivre l'exécution sur le fonds voisin, représenté par son propriétaire actuel quel qu'il soit, sans avoir à rechercher si l'état préjudiciable dans lequel a été mis ce fonds, provient de ce propriétaire actuel ou de ses prédécesseurs » (3). « Quelle que soit l'étendue du droit

(1) Loéré : *op. cit.* VIII p. 202 n° 4.

(2) Loéré : *op. cit.* VIII p. 159 n° 18.

(3) Caen 26 juil. 1876 (S. 77. 1. 253; *Rec. Caen* 76. 179).

de propriété, ajoute la Cour de Colmar, tel qu'il a été défini par le droit romain et tel qu'il l'est par l'art. 544, ce droit a toujours pour limite l'obligation de ne pas nuire à autrui... S'il est vrai que le propriétaire est maître absolu de sa chose et qu'il soit libre d'en user, de la modifier, de la dénaturer et même de la détruire, cela n'est vrai qu'abstractivement et au point de vue de son intérêt ou de son caprice quant à la chose qui lui appartient. Relativement aux tiers, à l'exercice de ce droit correspond l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour ne pas nuire au voisin » (1).

D'ailleurs, s'il en était autrement, « si, comme le dit Jhering, il (le propriétaire) est libre de faire tous les actes qui, pour ce qui regarde le lieu de leur accomplissement, se restreignent rigoureusement à son fonds et à l'espace atmosphérique qui le surmonte, il est en son pouvoir de chasser tous ses voisins, et de les contraindre à lui vendre leur fonds pour le prix le plus dérisoire. Il établira sur son fonds une écorcherie empestant l'air environnant, un puits renfermant des substances qui empoisonnent la terre du voisin, une fabrique dont l'exploitation ébranle le sol et fait crouler les maisons avoisinantes, dont la fumée tue la végétation aux alentours, ou dont la chaleur intense empêche tout séjour à proximité; il creusera, joignant la limite, un trou profond qui fera crouler le mur du voisin. En faisant tout cela il reste dans les limites de sa propriété; il ne porte donc directement aucune

(1) Colmar 25 juil, 1861 (D. 61. 2. 212; S. 61. 2. 577),

atteinte à la sphère juridique du voisin; celui-ci souffre uniquement des suites de ces actes... Une situation pareille est impossible, ce serait l'état de guerre permanent entre les voisins » (1).

C'est donc avec raison que cet auteur fait remarquer que, somme toute, la propriété immobilière, pourtant plus considérable en étendue que la propriété mobilière puisqu'elle embrasse avec le fonds le tréfonds et l'espace atmosphérique, est moins considérable en intensité. Le propriétaire d'un immeuble n'a pas en effet le droit de bâtir sur son fonds une usine qui ébranle, de miner le tréfonds, d'empêster l'air, tandis que le propriétaire d'un meuble peut aller jusqu'à le détruire complètement.

Dès lors, quand on dit que le propriétaire d'un immeuble est maître absolu de sa chose, cela veut dire que lui seul peut élever des prétentions sur elle, mais lorsque l'on envisage ce droit dans les rapports entre voisins, on ne saurait s'en tenir à cette conception du droit naturel, et il apparaît inévitablement comme un droit restreint, limité par le principe général de l'harmonie à conserver entre les intérêts individuels.

Et, remarquons-le, ces restrictions se présenteront sous des aspects d'autant plus nombreux et d'autant plus variés que la société se développera davantage. « L'organisation de la propriété chez un peuple à une époque, écrit Ahrens (2), est toujours

(1) Jhering: *op. cit.* *Œuvres choisies. Trad. de Meulenaere* II p. 113.

(2) Ahrens: *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit* (1868) II p. 119.

analogue à la manière dont la personne individuelle est comprise dans ses rapports avec les sphères supérieures de la famille, de la commune, de la nation, enfin avec tout l'ordre social. C'est à mesure que la conscience propre, la causalité d'action, la liberté personnelle s'est développée dans l'histoire en général et au sein de chaque peuple, que la propriété a pris l'empreinte plus nette de la liberté. »

Or, c'est la liberté qui est la source de tous les conflits de voisinage ; plus la liberté individuelle se développe, plus la propriété se dégage de la communauté primitive, plus chacun veut rester maître chez lui. C'est, qu'en effet, l'homme cherche peu à peu à se dégager de toute influence sociale, à donner à son droit un caractère absolu, et, s'il est bien obligé de reconnaître que des limitations sont nécessaires, il ne les supporte que malgré lui. Tel est le premier effet de la civilisation.

Mais elle en a un second qui accroît encore la difficulté du problème. Quand les propriétaires accomplissent sur leurs fonds des actes identiques, il peut y avoir des dommages causés aux fonds voisins, mais ceux-ci, à leur tour, préjudicient au premier. Le rapport d'équilibre n'est pas rompu : ce qui va le rompre, c'est la diversité d'exploitation. En 1804, cette seconde cause du conflit ne s'était, pour ainsi dire, pas encore fait jour. Mais voici que, un quart de siècle après, la situation change par suite du développement de la grande industrie. De toutes parts vont se dresser des individus armés de droits semblables, mais voulant en faire un usage différent.

En cette matière, des mesures préventives sont presque impossibles, en tout cas insuffisantes. On ne peut interdire au propriétaire tous les actes préjudiciables à autrui, ce serait supprimer son droit. Mais il faut bien cependant rétablir l'équilibre détruit.

Sur ce point, tout le monde est d'accord pour reconnaître qu'il est des cas où le voisin sera bien fondé à réclamer, soit la cessation du trouble apporté à la jouissance de son droit, soit des dommages-intérêts en réparation du dommage qu'il a subi.

Mais, le Code n'ayant pas formulé de principe général dans lequel se trouverait circonscrite l'obligation inhérente au voisinage, la difficulté surgit lorsqu'il s'agit de déterminer quels sont les cas où le voisin pourra obtenir satisfaction. C'est cette difficulté que nous allons maintenant essayer de résoudre.

Pour y parvenir, nous examinerons d'abord quelle est la solution pratique adoptée par la jurisprudence, nous verrons ensuite ce qu'il faut penser de ce système au point de vue juridique.

CHAPITRE I^{er}

Exposé du système de la jurisprudence.

Il est bien certain que, si le propriétaire agit raisonnablement, nul ne peut lui demander compte de ses actes, alors même qu'un préjudice existerait. C'est l'application de la vieille maxime : *Neminem laedit qui suo jure utitur*. En reconnaissant le droit de propriété, la loi a nécessairement assuré l'impunité à celui qui l'exerce. On ne saurait restreindre le droit de propriété au point de le rendre absolument inoffensif. Le propriétaire ne peut être déclaré coupable quand il se contente d'agir dans la limite assignée à son activité.

Telle est la solution de la jurisprudence, solution qui, comme le fait remarquer M. Ripert, n'a rien d'injuste puisque chacun des voisins supporte des inconvénients et en occasionne; elle est d'ailleurs nécessaire au point de vue social pour la libre utilisation du sol.

Pour que le voisin puisse obtenir réparation il ne suffit donc pas qu'il justifie d'un dommage, il est nécessaire que le propriétaire soit en faute (1).

(1) Req. 11 déc. 1899 (*Pand. fr.* 01. 1. 15).

Ainsi, par exemple, un propriétaire peut surélever le sol de son immeuble et le voisin n'est pas autorisé à se plaindre de ce que cette transformation des lieux permettra désormais de plonger les regards chez lui. Il n'a en effet, s'il veut se préserver, qu'à faire construire un mur suffisamment élevé (1).

Il peut également placer dans la clôture de son bois des trappes à bascule, permettant au gibier d'entrer, mais ne lui donnant pas la possibilité de revenir sur les propriétés contiguës (2).

De même encore, s'il n'y a pas de servitude formellement stipulée, le propriétaire ne pourra empêcher son voisin de bâtir sur son fonds, alors même que les constructions lui enlèveraient tout ou partie de la vue dont il jouissait (3).

Il a été jugé également que, le propriétaire ayant le droit de construire sur son terrain, les voisins du chantier ne pouvaient se plaindre, notamment à raison des barricades encombrant le trottoir, à moins qu'ils ne prouvent une faute de l'entrepreneur (4).

Autre exemple, qui se rencontre fréquemment en

(1) Cons. d'État 28 mars 1879 (D. 79. 3. 69).

(2) Req. 22 juil. 1861 (D. 61. 1. 475).

(3) Civ. cass. 31 juil. 1855 (S. 56. 1. 393; D. 55. 1. 390) Caen 7 févr. 1908 (*Rec. Caen* 08. 61).

(4) Paris 5 mars 1901 (D. 01. 2. 184). *Addé*, en ce qui concerne les inconvénients produits par la reconstruction d'un mur mitoyen : Valence 4 déc. 1905 (*Pand. fr.* 07. 2. 213) Seine 19 janv. 1905 (*Gaz. Trib.* 05. 11. 2. 29), en ce qui concerne la démolition d'un mur auquel était adossée une construction du voisin : Toulouse 28 déc. 1904 (S. 05. 2. 215).

pratique. Un propriétaire fait des fouilles dans son fonds; il rencontre l'une des veines d'une source et s'empare de l'eau qui précédemment sortait de terre chez le voisin. Celui-ci n'aura aucun recours à exercer (1). Peu importe que l'eau servît au pur agrément du voisin, à l'agriculture, à un établissement industriel ou à un intérêt plus général, il ne saurait jamais y avoir dans ce cas d'action en responsabilité (2). La loi du 14 juillet 1856 est du reste venue donner un appui légal à cette opinion, qui pouvait déjà se réclamer de l'art. 552 et de l'art. 674. Cette loi, en établissant un périmètre de protection pour la conservation des eaux minérales, suppose la liberté de droit commun (3).

(1) Req. 25 oct. 1886 (S. 87. 1. 373; D. 87. 1. 426). — 12 août 1872 (S. 72. 1. 353) et la note. Montpellier 16 juil. 1866 (S. 67. 2. 115). Toutefois, il est en faute si les fouilles avaient pour résultat de corrompre les veines et de rendre impropre à la consommation l'eau d'une source voisine. Besançon 6 mars 1888 (D. 89. 2. 223).

(2) Baudry-Lacantinerie et Chauveau: *Des biens* n° 218; Aubry et Rau: II § 194. 198; Laurent: VI n° 142. p. 192.

(3) La solution n'est pas la même s'il s'agit du tarissement des sources qui jaillissent à la surface du terrain sous lequel des travaux sont exécutés par le *concessionnaire d'une mine*. Celui-ci sera responsable (Civ. rej. 27 janv. 1885: S. 86. 1. 61, note et renvois). En effet la constitution artificielle des deux propriétés superposées, qui ont été créées par la concession d'une mine, « établit entre l'une et l'autre des rapports nécessaires très différents de ceux qui existent entre deux héritages situés l'un à côté de l'autre et dès lors aussi des obligations réciproques dont la loi de 1810 a dû tenir et a tenu compte. » (Civ. rej. 27 janv. 1885 *précité*). *Adde*, en ce qui concerne les rapports du concessionnaire d'une mine et du propriétaire de la surface, les notes de M. Lacoste au *Sirey* (00. 2. 169) et de M. Gény-aux *Pandectes françaises* (96. 1. 337).

Dans toutes ces hypothèses un dommage a bien été éprouvé, mais aucune faute n'est imputable au propriétaire qui n'a fait qu'user de son droit. Quand donc ce dernier sera-t-il en faute ?

§ I^{er}. — Circonstances constitutives d'une faute.

D'après la jurisprudence, les circonstances constitutives d'une faute peuvent être classées sous quatre chefs distincts. Il y aura faute : 1^o quand le propriétaire enfreindra une loi ou un règlement ; 2^o quand le dommage éprouvé par le voisin aura sa cause dans un défaut de précautions de la part du propriétaire ; 3^o quand celui-ci accomplira sur son fonds un acte qui ne sera pour lui d'aucune utilité et qui n'aura d'autre but que de nuire au voisin ; 4^o enfin quand, malgré les précautions prises, le propriétaire fera subir à son voisin un préjudice excédant la mesure des inconvénients que les voisins doivent supporter entre eux.

I. VIOLATION DES LOIS ET RÈGLEMENTS. — Lorsque le propriétaire accomplit sur son fonds des actes interdits, lorsqu'il ouvre, par exemple, un établissement insalubre sans autorisation, il est certainement en faute. Peu importe qu'il viole une loi, un décret, un règlement administratif ou même un usage ayant force de loi : dans tous les cas, il y a acte accompli sans droit et par suite faute. Dès lors, le voisin pourra, non seulement exiger, conformément à l'art. 674 C. civ., et sans être tenu de justifier d'un préjudice éprouvé, que le propriétaire se sou-

mette aux prescriptions qu'il n'a pas observées (1), mais, en cas de dommage subi, il sera fondé à lui intenter une action basée sur l'art. 1382, à la condition toutefois qu'il démontre l'existence d'une relation de cause à effet entre le préjudice et l'inobservation des lois ou règlements : les arrêts sont en effet unanimes à décider que, dans ce cas, la contravention ne suffirait pas à elle seule à faire condamner le propriétaire (2).

II. DÉFAUT DE PRÉCAUTIONS. — Le propriétaire devra encore être déclaré responsable s'il néglige les précautions qu'il y aurait lieu de prendre pour éviter de nuire. En effet, lorsqu'il aurait pu, grâce à certaines mesures, retirer de son fonds les mêmes avantages ou à peu près sans causer de dommage à son voisin, il y a de sa part conduite répréhensible, tout au moins imprudence à avoir agi comme il l'a fait. La jurisprudence a fait de fréquentes applications de cette idée (3), et c'est en termes formels que la Cour de Colmar a décidé, à propos de travaux

(1) C'est ainsi notamment que, sous l'empire du décret du 25 janvier 1865, aujourd'hui abrogé, et qui prescrivait que les machines à vapeur fussent munies d'appareils fumivores, les tribunaux accueillaient l'action du voisin basée uniquement sur l'absence d'appareils de ce genre. Req. 19 janv. 1876 (S. 76. 1. 145) Civ. rej. 7 nov. 1876 (*Rec. Caen* 77. 51) Caen 22 fév. 1877 (*Rec. Caen* 77. 184). Le décret de 1865 a été remplacé par celui du 30 avril 1880 qui n'impose plus l'obligation de brûler la fumée.

(2) Voyez ce qui a été jugé notamment en matière d'incendie Rouen 24 déc. 1878 (S. 79. 2. 179; D. 79. 2. 175 *Rec. Rouen* 79. 21) Req. 10 déc. 1900 (D. 01. 1. 360; S. 01. 1. 141). — 7 mars 1892 (S. 92. 1. 271; D. 92. 1. 502) Aix 4 juil. 1894 (S. 95. 2. 204; D. 95. 1. 167).

(3) *Établissement industriel* (bruit, fumée, etc...). Civ. cass.

souterrains qui avaient amené des éboulements, que « celui qui veut entreprendre des travaux sur son fonds, contigu au fonds du voisin, doit prendre toutes les précautions que les circonstances commandent pour préserver ce voisin de tout dommage ; qu'il ne lui suffirait pas, pour mettre sa responsabilité à couvert, de se conformer aux règles ordinaires de l'art, si, à raison de la nature particulière des travaux à entreprendre ou à raison de la nature particulière du sol dans lequel ils doivent être

18 févr. 1907 (D. 07. 1. 385 ; S. 07. 1. 77) Paris 19 avril 1893 (S. 93. 2. 124 ; D. 93. 2. 431) Caen 2 juin 1905 (*Rec. Caen* 06. 238) Caen 20 nov. 1851 (*Rec. Caen* 52. 7).

Dépôt de sable. Req. 10 févr. 1908 (S. 08. 1. 128).

Dépôt de matières inflammables et autres dangers d'incendies. Civ. cass. 17 déc. 1878 (D. 79. 1. 125 ; S. 79. 1. 53) Lyon 11 avril 1883 (D. 84. 2. 173) Civ. rej. 1^{er} févr. 1893 (D. 93. 1. 181) Bordeaux 18 mai 1849 (D. 50. 2. 86 ; S. 50. 2. 183).

Dépôt de matières fétides. Civ. rej. 8 juin 1857 (S. 58. 1. 306 ; D. 57. 1. 293).

Fosse à fumier. Civ. rej. 7 févr. 1894 (D. 94. 1. 239 ; S. 98. 1. 278).

Appareil de chauffage. Paris 7 déc. 1893 (D. 95. 2. 276).

Salle de café ou de bal. Caen 14 mars 1885 (*Rec. Caen* 85. 106) Bordeaux 21 mai 1867 (D. 69. 2. 159) Seine 1^{er} juil. 1863 (D. 65. 3. 63 ; S. 66. 1. 169).

Infiltration d'eaux. Req. 13 mars 1827 (S. 27. 1. 360, Civ. cass. 11 nov. 1896 (S. 98. 1. 228).

Travaux souterrains. Req. 17 nov. 1868 (S. 69. 1. 61) Dijon 13 déc. 1867 (S. 68. 2. 219). — 16 mai 1876 (S. 76. 2. 263 ; D. 77. 2. 37) Caen 6 mai 1882 (*Rec. Caen* 82. 160). — 26 juil. 1876 (*ibid.* 76. 179 ; S. 77. 2. 253) Colmar 25 juil. 1861 (S. 61. 2. 577). Avant de commencer ses fouilles, le propriétaire doit tout au moins en aviser ses voisins. Req. 11 mai 1853 (S. 53. 1. 564 ; D. 53. 1. 163) Caen 31 août 1878 (*Rec. Caen* 79. 13) Bourges 19 fév. 1872 (D. 72. 2. 184).

Maisons de tolérance. Besançon 3 août 1859 (S. 60. 2. 255).

exécutés, il y avait à prendre des mesures spéciales ou des précautions exceptionnelles pour éviter le dommage » (1).

III. INTENTION MALVEILLANTE. — En dehors des deux hypothèses que nous venons d'examiner, il semble que le propriétaire ne puisse jamais être inquiété à raison des actes qu'il accomplit sur son fonds. Ce n'est pas, cependant, ce que décide la jurisprudence. Lorsque le propriétaire ne fait usage de son droit que dans le but unique de nuire à son voisin, lorsque ses actes ne sont pour lui d'aucune espèce d'utilité, les tribunaux considèrent qu'il est en faute et ils le condamnent, sans hésitation, à indemniser le voisin (2). En effet, dit la Cour de Colmar, si « le droit de propriété est un droit en quelque sorte absolu, autorisant le propriétaire à user et abuser de la chose, cependant, l'exercice de ce droit doit avoir pour limite la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime ;..... les principes de la morale et de l'équité s'opposent à ce que la justice sanctionne une action inspirée par la malveillance, accomplie sous l'empire d'une mauvaise passion, ne se justifiant par aucune utilité personnelle et portant un grave préjudice à autrui » (3). Dans d'autres

(1) Colmar 25 juil. 1861 *précité*.

(2) Req. 10 juin 1902 (S. 03. 1. 11; D. 02. 1. 454) Travaux de forage préjudiciables aux sources voisines et sans aucune utilité.

(3) Colmar 2 mai 1855 (D. 56. 2. 9). Il s'agissait, dans cette espèce, d'un propriétaire qui, dans le but d'enlever la vue à son voisin, avait fait édifier sur son toit une fausse cheminée, ne pouvant lui servir à rien et n'ajoutant aucun embellissement à l'aspect extérieur de sa maison.

arrêts, la jurisprudence stigmatise « l'envie de nuire » (1), les manœuvres vexatoires pratiquées avec cette intention manifeste (2), en un mot, l'entreprise faite par haine et par malice, sans intérêt pour celui qui se la permet; elle va même jusqu'à ordonner la démolition des ouvrages « exclusivement inspirés par la malveillance contre un voisin et sans utilité réelle et appréciable pour ceux qui bâtissent » (3).

Remarquons, cependant, que le propriétaire, actionné par son voisin, n'a pas besoin de justifier d'un intérêt actuel, une utilité plus ou moins lointaine suffirait pour le mettre à l'abri de toute condamnation (4).

IV. INCONVÉNIENTS INTOLÉRABLES. — La jurisprudence a même estimé qu'à s'en tenir là le droit du voisin ne serait pas encore suffisamment protégé dans bien des cas, surtout à l'heure actuelle, où la

(1) Lyon 18 avril 1856 (D. 56. 2. 200). Avant la loi du 14 juil. 1856 l'un des voisins de la source Badoit, à St-Galmier, avait coupé les veines de la source minérale. Il laissait perdre l'eau, prouvant par là qu'il avait voulu simplement nuire au propriétaire.

(2) Paris 2 déc. 1871 (D. 73. 2. 185). Le prince de Wagram, ayant des griefs contre une personne, locataire d'une chasse voisine, s'était avisé, à chaque battue de cette dernière, de faire faire sur ses terres à lui un tel vacarme qu'il effrayait le gibier et rendait toute chasse impossible.

(3) Sedan 17 déc. 1901 (S. 04. 2. 217). Dans cette espèce il s'agissait d'un propriétaire qui, par pure taquinerie, avait élevé sur son fonds une cloison en planches destinée à masquer le jour du voisin.

(4) Civ. cass. 25 oct. 1897 (D. 97. 1. 575; S. 98. 1. 324). — 11 avril 1864 (D. 64. 1. 219; S. 64. 1. 165).

grande diversité d'exploitation du sol entraîne une multiplicité de dommages, qu'il est manifestement impossible de tolérer.

Mise aux prises avec cette difficulté, la Cour Suprême a bien été obligée de chercher un *criterium* qui servît de base aux juges du fait et leur permit de satisfaire les intérêts en jeu. Après s'être longtemps contentée de formules d'espèces, elle en est arrivée en 1844 à une formule aussi générale que possible et qui doit être considérée comme indiquant en pratique la limite où s'arrête l'exercice légitime du droit de propriété et où commence la responsabilité.

Voici dans quelles circonstances elle a été amenée à élaborer cette formule. Des industriels avaient installé dans leur immeuble une fabrique de chaudières à vapeur. Le bruit produit par leur usine était intolérable et les voisins se plaignirent. Après avoir constaté l'intensité du bruit et le préjudice en résultant, la Cour de Paris condamna les industriels à des dommages-intérêts. Cet arrêt fut cassé par la Cour Suprême, parce que, dit-elle, « tout en déclarant que le bruit était préjudiciable aux propriétaires voisins, il n'a point déclaré qu'il fût d'une manière continue porté à un degré qui excédât la mesure des obligations ordinaires du voisinage » (1). La Cour d'Amiens, saisie comme cour de renvoi, condamna également les industriels, mais en reproduisant cette formule (2); la Cour de Cassation

(1) Civ. cass. 27 nov. 1844 (S. 44. 1. 811; D. 45. 1. 13).

(2) Amiens 18 juil. 1845 (S. 45. 2. 475).

reconnut cette fois une base légale à la décision et elle rejeta le nouveau pourvoi qui avait été formé (1). C'est cette formule qui sert de règle aujourd'hui encore et on la retrouve plus ou moins nettement dans tous les arrêts qui ont été rendus par la suite.

Le système de la jurisprudence est donc assez simple et la Cour d'Amiens, dans l'arrêt auquel nous faisons allusion tout à l'heure, l'énonce très clairement : « Si l'exercice du droit de propriété est limité par les lois et règlements, il l'est aussi par le respect dû à la propriété d'autrui » et, « lorsqu'il est reconnu que l'atteinte portée à cette propriété est le résultat de l'usage excessif du droit de disposer de sa chose, elle constitue un *quasi-délit*, qui oblige son auteur à réparer le dommage qu'il a causé. » Dans deux arrêts postérieurs de la Chambre des Requêtes nous retrouvons la même idée affirmée avec une plus grande autorité. « L'exercice du droit de propriété, dit le premier, cesse d'être légitime et prend le caractère d'une *faute* dès l'instant où il porte une atteinte grave et sérieuse au droit du voisin » (2). Le second arrêt s'exprime ainsi : « Attendu qu'un propriétaire, si étendu que soit son droit, en franchit la limite quand il porte atteinte au droit d'un autre propriétaire, en dépassant au préjudice de celui-ci la mesure des engagements qui existent entre voisins; qu'un pareil mode d'exercice de la faculté de jouir et de disposer de sa chose constitue

(1) Req. 20 févr. 1849 (S. 49. 1. 346).

(2) Req. 3 déc. 1860 (S. 61. 1. 839; D. 61. 1. 331).

une *faute* et donne naissance à l'obligation de réparer le dommage causé (1) ».

Tout propriétaire, alors même qu'il aurait pris toutes les précautions voulues, qu'il aurait observé les règlements ou les usages, est donc en faute dès lors qu'il étend au delà des conditions normales les inconvénients que les voisins doivent supporter mutuellement (2). Comme le dit encore la Cour de Caen, « l'exercice que chacun peut faire de son droit de propriété est une question de mesure », et il faut « distinguer entre l'usage entraînant des inconvénients supportables et l'abus excessif portant une atteinte grave et sérieuse aux droits du voisin » (3).

§ II. — Solutions pratiques.

Si la formule, couramment admise par la jurisprudence, simplifie la difficulté, il est facile de se rendre compte qu'elle ne la tranche pas complètement. Dans chaque hypothèse en effet il faudra déterminer si le propriétaire a ou non excédé la mesure des obligations de voisinage. Sur ce point, qui est uniquement une question de fait, la Cour de Cassation est bien obligée de s'en remettre à l'appréciation souveraine des juges du fonds (4) et nous ne pouvons, pour montrer comment les tribunaux solutionnent les différentes difficultés qui se présentent le plus fréquemment, que procéder par voie d'exemples.

(1) Req. 14 juil. 1875 (S. 75. 1.352).

(2) Orléans 22 nov. 1889 (D. 91. 2. 120).

(3) Caen 26 juin 1883 (*Rec. Caen* 83. 236).

(4) Req. 3 janv. 1887 (D. 88. 1. 39) Civ. rej. 20 janv. 1891 (D. 91. 1. 153).

Néanmoins, avant d'aborder cette énumération, il est une question plus générale que nous voulons examiner, c'est celle de savoir si cette mesure, qu'il ne faut pas dépasser, doit être considérée comme étant la même partout et dans tous les cas.

Et d'abord la jurisprudence tient-elle compte des *considérations personnelles à l'individu lésé* ?

Ainsi, telle personne craint le bruit, les odeurs malsaines, telle autre, moins susceptible, ne s'en trouve que très peu incommodée. Faudra-t-il dire que, dans le premier cas, le voisin fait de son droit un usage abusif et que, dans le second, il est resté dans les limites de son droit ? Supposons, par exemple, un homme de science qui a besoin pour ses études du plus grand calme. Il a l'habitude de travailler le soir jusqu'à une heure assez avancée. Son voisin au contraire est un amateur de musique et il passe ses soirées à jouer du violon. Le bruit qu'il cause ne dérangerait pas une personne qui sortirait le soir ou qui reposerait dans son lit, mais il empêche le savant de se livrer à ses minutieuses recherches. Celui-ci pourra-t-il se plaindre ? La question peut paraître délicate, car il s'agit ici d'un trouble qu'éprouve tel propriétaire, mais que tel autre n'éprouverait pas. La jurisprudence fait-elle état de cet élément personnel, variable et subjectif ?

En réalité, elle ne s'est jamais, à notre connaissance du moins, prononcée directement sur ce point, mais nous ne devons pas nous en étonner (1). Dans

(1) Consultez entre autres : Req. 14 juil. 1875 (D. 76. 1. 447; S. 75. 1. 352). — 3 janv. 1887 (D. 88. 1. 39; S. 87. 1. 263) Metz 25 août 1863 (D. 64. 2. 111) Orléans 25 fév. 1885 (D. 86. 2. 227, —

son système en effet, si la situation spéciale de la prétendue victime l'intéresse, c'est seulement lorsqu'il s'agit de constater l'existence du préjudice. Mais, comme nous l'avons vu, un dommage quelconque ne suffit pas et il ne peut être réparé que si celui qui l'a commis est en faute. Or, pour savoir s'il y a eu faute, la Cour de Cassation recherche uniquement si le dommage dépasse la limite ordinaire des inconvénients tolérés, ce qui n'est plus qu'une considération objective. Ainsi, dans l'hypothèse que nous avons prise pour exemple, puisque le savant est troublé dans ses études, il est bien certain qu'il éprouve un préjudice. Mais il n'en pourra obtenir réparation que si le musicien, son voisin, se permet de jouer de la musique d'une façon anormale et excessive.

Pour apprécier si le propriétaire dépasse ou non la mesure de la tolérance qui doit exister entre les voisins, la jurisprudence ne tient donc pas compte des considérations personnelles à celui qui se prétend lésé ; mais, par contre, elle décide d'une façon constante que la somme des incommodités que les voisins doivent supporter varie suivant la situation des immeubles. Il est bien naturel en effet d'astreindre, par exemple, un forgeron, dont l'atelier se trouve dans un quartier paisible bourgeoisement occupé, à

22 nov. 1889 (D. 91. 2. 120). Un motif, inséré dans un jugement du tribunal de Libourne du 11 décembre 1865, avait décidé que « M...., dont la profession exige le calme et le repos le plus absolu, est bien fondé à se plaindre ». La Cour de Bordeaux, tout en confirmant, a fait disparaître ce motif dans son arrêt du 21 mai 1867 (D. 69. 2. 159).

de plus grands ménagements que s'il travaillait dans un faubourg industriel ou dans une rue commerçante. Comme le dit sur ce point la Cour de Lyon (1), « un des éléments les plus sérieux pour l'évaluation du préjudice se tire de la constatation et de l'examen du milieu où est situé l'établissement industriel accusé de l'avoir causé ». C'est ainsi notamment que la Cour de Bordeaux (2) a décidé que tout propriétaire doit, « dans une certaine mesure », supporter les odeurs peu agréables provenant de l'exploitation d'un commerce spécial. A l'inverse la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi contre un arrêt de la Cour d'Aix qui avait jugé que l'installation, à proximité d'une maison de villégiature, d'une porcherie, disposée pour contenir un nombre considérable de porcs, excédait la mesure des inconvénients tolérés (3).

Toutefois, si les tribunaux apprécient plus ou moins sévèrement la responsabilité du propriétaire suivant les localités, ils ne se risquent dans cette voie qu'avec une sage prudence, « dans une certaine mesure », comme le dit la Cour de Bordeaux, et, sous prétexte que l'on se trouve dans un quartier industriel, ils ne vont pas jusqu'à tolérer l'existence d'une usine ou d'un commerce qui rendraient

(1) Lyon 10 mars 1886 (D. 87. 2. 23). *Adde* : Riom 28 nov. 1901 (S. 02. 2. 48).

(2) Bordeaux 5 mars 1903 (D. 08. 2. 49; S. 05. 2. 41). *Adde* : Montpellier 20 févr. 1850 (D. 50. 2. 56) Lyon 11 déc. 1846 sous Civ. cass. 22 févr. 1848 (D. 48. 1. 122).

(3) Req. 5 déc. 1904 (D. 05. 1. 77). *Adde* : Tours 29 mars 1904 (D. 05. 2. 200) Req. 19 avril 1905 (D. 05. 1. 256) Dijon 6 mars 1877 (D. 78. 2. 250); Demolombe : XII n° 659.

impossible l'habitation des propriétés voisines (1).

De même aussi les *usages*, adoptés depuis de longues années, sont pris en considération par le juge. Il va de soi en effet que d'anciennes pratiques obligent les voisins à supporter des inconvénients, qui, en toute autre circonstance, paraîtraient excéder la mesure, si elles n'étaient pas depuis longtemps admises. Les voisins sont alors d'autant moins fondés à se plaindre, décide l'arrêt de la Cour de Bordeaux, que nous citons tout à l'heure, qu'ils ont connu ces inconvénients et en ont tenu un large compte en achetant leurs immeubles (2).

Ceci ne veut pas dire cependant que la jurisprudence se refuse dans tous les cas à accueillir l'action du voisin, parce qu'il serait devenu propriétaire de son immeuble après que la cause du dommage s'est révélée.

L'opinion contraire, qui tiendrait compte du *droit du premier occupant*, paraît pourtant plus logique. En effet, peut-on dire, tout individu qui de lui-même et volontairement vient s'exposer à un risque est en faute. Si c'est l'auteur du dommage qui s'y est exposé, il doit réparation ; si c'est au contraire la victime, personne ne lui doit rien. Il semble qu'il soit suffisant alors, pour trancher la difficulté, de se poser la question suivante : au moment où le dommage se produit, est-ce l'auteur ou la victime qui a détruit l'équilibre antérieur.

(1) Trib. Lyon 12 juin 1900 (*Gaz. Trib.* 01. 1 sem. II. 132) Caen 20 mars 1869 (*Rec. Caen* 69. 113). — 2 juin 1905 (*Rec. Caen* 06. 238) Metz 25 août 1863 (*D.* 64. 2. 111) Lyon 5 déc. 1906 (*S.* 08. 2. 135) Trib. Bourg 3 déc. 1907 (*D.* 08. 5. 24).

(2) Bordeaux 5 mars 1903 *précité*. *Adde* : Douai 13 fév. 1897 (*D.* 97. 2. 351) Metz 25 août 1863 (*D.* 63. 2. 111).

Cette façon de raisonner avait séduit M. Demolombe (1), qui, pour la justifier, invoquait la tradition (2) et l'équité. Celui qui élève une construction à côté d'un établissement industriel antérieurement créé se soumet par ce fait et de son plein gré aux inconvénients qui peuvent en résulter et il est par la suite mal venu à se plaindre. Puis, cherchant une base législative à sa théorie, M. Demolombe avait cru trouver une analogie frappante entre cette règle générale et le cas particulier prévu par le décret de 1810. Ce décret, comme on le sait, soumet les établissements insalubres à une autorisation administrative. Or il peut arriver que, après l'autorisation donnée en considération de l'isolement où doit se trouver la manufacture, quelqu'un vienne construire sur des terrains limitrophes. Ce dernier, d'après l'art. 9 du décret, ne pourra pas protester contre l'autorisation qui a été donnée. C'est là, dit M. Demolombe, une application de ce que l'on appelle le droit de préoccupation. En vain objecterait-on que chacun peut toujours exercer son droit au moment où il le juge convenable. Il n'est pas nécessaire, répond M. Demolombe, de voir dans le droit de préoccupation une exception à la règle d'après laquelle les actes de pure faculté ne sauraient se perdre ou s'altérer par le non usage ; chacun peut continuer à user de son fonds comme il

(1) Demolombe : XII n^{os} 659 et 659 *bis*.

(2) Voy. art. 613 Coutume de Normandie, art. 246 Coutume d'Orléans, art. 13 Coutume du Nivernais. Le droit coutumier et les anciens arrêts refusaient dans ce cas toute indemnité aux voisins.

l'entend, il s'agit seulement de savoir si cet usage ne le constituera pas en faute et si, par suite, il ne devra pas supporter sans se plaindre le dommage qu'il subit.

La jurisprudence n'a jamais hésité à condamner ce système (1) et la doctrine s'est généralement ralliée à sa façon de voir (2). Un examen plus attentif de la question démontre en effet que la théorie, qui tient compte du droit de préoccupation, est juridiquement inexacte. En admettant, ce qui est d'ailleurs contestable, qu'il y ait faute à s'établir, par exemple, près d'une usine qui peut vous causer un dommage, cette faute est-elle suffisante pour vous enlever tout droit à une réparation ? Cela est très douteux, car en réalité l'auteur originaire du dommage est toujours l'industriel. On dit bien, antérieurement il n'y avait aucun dommage pour personne. Ceci n'est pas exact : un dommage existait, car, ce qui contribue à la valeur d'un fonds, c'est son utilisation possible par n'importe quel individu. Du jour où l'usine a existé, les fonds voisins ont subi une dépréciation, si, de ce chef, ils ont cessé de pouvoir être utilisés par n'importe qui d'une façon ordinaire. On ne voit pas dès lors quelle est la raison qui pourrait s'opposer au principe de la responsabilité du jour où quelqu'un voudra s'établir dans le voisinage. Quant à l'art. 9 du décret de 1810 que M. Demo-

(1) Civ. cass. 18 fév. 1907 (D. 07. 1. 385; S. 07. 1. 77) Alger 22 févr. 1898 (D. 99. 2. 6; S. 99. 2. 107) Colmar 16 mai 1827 (S. 28. 2. 23) Req. 8 mai 1850 (D. 51. 5. 655).

(2) Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 221; Aubry et Rau : II § 194, p. 305.

lombe invoque à l'appui de son système, il n'est pas applicable en la circonstance, puisqu'il se borne à refuser à « tout individu qui ferait des constructions dans le voisinage des manufactures et ateliers, après que la formation en aura été permise », le droit « d'en solliciter l'éloignement ».

Ce que M. Demolombe appelle le droit de préoccupation, c'est-à-dire un droit qui mettrait dans tous les cas un obstacle à la plainte du voisin, n'existe pas juridiquement; il ne peut être pour l'industriel une cause d'exonération absolue; mais la jurisprudence le considère à juste titre le plus souvent comme un motif d'atténuation lorsqu'il s'agit d'évaluer le chiffre des dommages-intérêts (1).

Maintenant que nous connaissons les règles que les tribunaux se sont tracées, voyons, par une revue rapide de quelques solutions d'espèces, quelle application ils en ont faite.

I. DOMMAGES CAUSÉS PAR UN ÉTABLISSEMENT INDUSTRIEL OU COMMERCIAL. — Lorsqu'il s'agit de dommages causés par le voisinage d'un établissement industriel ou commercial, il n'y a pas seulement à tenir compte de l'absolutisme du droit de propriété, il faut aussi prendre en considération le principe de la liberté du commerce et de l'industrie, proclamé par l'art. 7 du décret des 2-17 mars 1791. Or, parmi les inconvénients qui peuvent résulter du voisinage d'un établissement de ce genre, certains sont inhérents à l'existence même de l'établissement : ce sont ceux qui tou-

(1) Dijon 10 mars 1865 (D. 65. 2. 144; S. 65. 2. 343) Aix 19 nov. 1878 (S. 79. 1. 139; D. 79. 2. 219).

chent à l'intérêt général, à la salubrité, à la commodité, à la sûreté publiques. Ces incommodités sont couvertes, soit par l'autorisation administrative, s'il s'agit d'un établissement classé et autorisé, soit par la nature propre de l'industrie considérée comme non dangereuse, s'il s'agit d'établissements non classés. Quand elles existent, il y a sans doute un préjudice, mais il n'a pas sa cause dans une faute de l'exploitant et il ne peut disparaître qu'avec l'établissement lui-même. De deux choses l'une en effet : ou l'établissement n'est pas classé, c'est qu'il n'est pas considéré comme devant causer un préjudice insupportable, ou il est classé et autorisé, et c'est alors contre l'acte d'autorisation que l'action serait dirigée, et pourtant cet acte n'implique aucune faute de celui qui l'a obtenue, par suite aucune responsabilité. Aussi, dans un arrêt tout récent, la Cour Suprême a-t-elle décidé que les incommodités inhérentes à l'existence d'une industrie rentraient dans celles qu'impose le voisinage. Dans ces conditions le voisin qui voudra obtenir une réparation devra démontrer non seulement que le préjudice qu'il éprouve dépasse la mesure ordinaire que les voisins sont obligés de supporter entre eux, mais encore que c'est par un fait quelconque imputable à l'exploitant si cette mesure a été dépassée (1).

Dès que, d'après ces principes, l'industriel aura encouru une responsabilité, il n'y aura à faire aucune distinction entre les établissements classés

(1) Req. 24 juil. 1907 (D. 08. 1. 62); *Adde* : Req. 16 juil. 1902 (D. 02. 1. 431).

et non classés. En aucun cas, l'autorisation administrative ne pourra constituer une fin de non recevoir au profit de l'industriel qui l'aura obtenue. Cette autorisation n'est, en effet, accordée que sous réserve des droits des tiers. Elle n'est donnée que dans un intérêt public de salubrité et de sécurité, car l'administration n'a à s'occuper, en aucune façon, des intérêts privés. L'établissement autorisé peut fonctionner, mais l'industriel, qui l'exploite, pourra, quand même, être responsable vis-à-vis de ses voisins, tout comme s'il n'y avait pas d'autorisation. Le seul, effet de cette formalité est d'empêcher les voisins d'obtenir que l'établissement soit supprimé, mais non pas de soustraire l'industriel à une action en indemnité. Telle est l'opinion qui a toujours été admise en jurisprudence et qui a définitivement triomphé parmi les auteurs (1).

Examinons maintenant les différentes sortes de dommages le plus fréquemment occasionnés par les établissements industriels.

(1) En ce sens Req. 18 nov. 1884 (S. 85. 1. 69; D. 85. 1. 71) Paris 19 avril 1893 (S. 93. 2. 124; D. 93. 2. 431) Caen 20 mars 1869 (*Rec. Caen* 69. 113) Dijon 10 mars 1886 (D. 87. 2. 23). Dans cette espèce il s'agissait d'un établissement présentant un caractère d'utilité générale (un dépotoir créé pour le service d'une ville) Aubry et Rau: II § 194, p. 197; Laurent: VI, p. 194; Demolombe: XII n° 653; Huc: IV n° 375. *Contra*: Duvergier (*Revue étrangère et française de législat. et de jurisprud.* 1843. p. 425 et suiv., et 601 et suiv.). Notons que les principes énoncés ci-dessus s'appliquent également aux établissements créés par l'administration en vertu d'un acte du pouvoir exécutif pour pourvoir à un service public, tels que les poudreries, fabriques de dynamite. Lorsque ces établissements occasionnent un dommage sérieux aux voisins, ceux-ci peuvent obtenir de l'État des dommages-intérêts. (Cons. d'État 17 mai 1878 (D. 78. 3. 82).

A. *Bruits*. — Conformément à la formule adoptée par la Cour Suprême, on décide généralement que la simple incommodité du bruit n'est pas suffisante pour ouvrir le droit à une indemnité ; il faut que le bruit soit continu ou fréquent et excessif. C'est ainsi que la Cour de Paris a écarté la demande d'un voisin troublé par le bruit d'une machine à vapeur, « attendu, dit l'arrêt, que ce bruit n'a rien que d'ordinaire à la plupart des établissements industriels ; que (l'industriel) a fait ce qu'il était en lui pour en diminuer l'intensité ; que, d'ailleurs, ce bruit n'est pas continu, la varlope ne marchant qu'à des jours et à des heures restreints » (1).

Mais, dès que le bruit est excessif, l'industriel peut être condamné à des dommages-intérêts au profit du voisin et, en outre, à prendre les mesures nécessaires pour faire cesser cette incommodité (2), que ce soit le propriétaire d'une grande industrie ou même d'une simple boulangerie dont les bruits nocturnes empêchent les voisins de se reposer (3).

B. *Trépidations*. — Si un tapage insupportable peut servir de base à une condamnation, à plus forte raison en est-il de même lorsque le mouvement des machines produit des ébranlements du sol et occa-

(1) Paris 28 avril 1860 (D. 60. 2. 117) ; *Adde* : Lyon 11 déc. 1846 sous Civ. cass. 22 fév. 1848 (D. 48. 1. 122) Nancy 13 juil. 1894 (*Gaz. Pal.* 95. 1. 500). Cet arrêt a été cassé, mais non dans la partie relative au bruit.

(2) Req. 20 févr. 1849 (S. 49. 1. 346) Civ. rej. 20 janv. 1891 (D. 91. 1. 153) Dijon 10 mars 1865 (D. 66. 2. 145 ; S. 65. 2. 343) Metz 25 août 1863 (D. 64. 2. 111 ; S. 64. 2. 57) Paris 18 mai 1860 (D. 60. 2. 116).

(3) Orléans 22 nov. 1889 (D. 91. 2. 120).

sionne des vibrations dans des immeubles contigus (1). Il y a là un inconvénient qui excède toujours la mesure des incommodités que les voisins sont obligés de tolérer entre eux.

C. *Odeurs*. — Des émanations fétides ou malsaines, des exhalaisons ou des miasmes, qui peuvent détruire les récoltes ou engendrer des épidémies, constituent, évidemment, des raisons suffisantes pour faire accueillir favorablement l'action du voisin. C'est ainsi qu'il a été jugé que le directeur d'une usine à gaz devait une indemnité à son voisin pour la dépréciation notable que causait à la propriété de celui-ci l'émanation produite par la vidange des résidus de l'usine et les exhalaisons qui s'en échappaient (2); que le propriétaire, dont les produits, et particulièrement ceux d'un vignoble, sont rendus impropres à la consommation, à raison de la saveur désagréable dont ils sont imprégnés et qui résulte des émanations de matières goudroneuses, traitées dans une usine située à proximité, avait droit à une indemnité (3).

Mais on doit, par contre, considérer d'une façon générale comme n'excédant pas la mesure des obligations du voisinage les odeurs désagréables

(1) Civ. rej. 20 janv. 1891 *précité*; Req. 23 oct. 1894 (S. 95. 1. 222) Dijon 10 mars 1865 *précité*; Lyon 9 janv. 1907 (*Jurisprud. immobil.* 07. 196) Caen 20 mars 1869 (*Rec. Caen* 69. 113) Lyon 5 déc. 1906 (S. 08. 2. 135).

(2) Req. 17 juil. 1845 (S. 45. 1. 825; D. 45. 1. 429); *Adde*: Toulouse 4 juil. 1871 (D. 73. 1. 353).

(3) Nîmes 30 avril 1895 (D. 95. 2. 335); *Adde*: Dijon 6 mars 1877 (D. 78. 2. 250).

d'une tuerie d'animaux (1) ou d'une écurie (2).

D. *Fumées, vapeurs et poussières.* — Abstraction faite de l'odeur et des émanations nuisibles, la fumée est encore un inconvénient qui se rencontre partout dans les villes. Chaque maison envoie la fumée de ses cheminées sur les maisons voisines. Il y a là un inconvénient ordinaire du voisinage, dont la vie en commun doit imposer la tolérance. Mais les établissements industriels dégagent des fumées beaucoup plus abondantes, souvent très épaisses, chargées de scories et de poussière de charbon.

S'il est difficile, dans la pratique, pour le bruit et l'odeur, de déterminer d'une façon exacte à quel degré d'intensité on peut dire qu'ils troublent le voisinage, pour la fumée, au contraire, la constatation est facile à faire.

Si celle-ci ne pénètre que rarement chez les voisins, si les poussières ou scories tombent dans des cours ou sur des objets dont elles n'altèrent pas la pureté ou la valeur, on doit considérer l'inconvénient comme tolérable (3). Dans le cas contraire, il faut admettre qu'il excède les obligations ordinaires du voisinage (4).

Aussi bien que la fumée, les autres inconvénients des forges ou des machines à vapeur peuvent

(1) Req. 24 juil. 1907 (D. 08. 1. 62).

(2) Agen 7 févr. 1855 (S. 55. 2. 311; D. 55. 2. 302); *Addé* : Rouen 23 juin 1900 (*Rec. Rouen* 1900. 137) Bordeaux 5 mars 1903 (S. 05. 2. 41; D. 08. 2. 49).

(3) Caen 9 juin 1840 (*Rec. Caen* 40. 281).

(4) Req. 3 janv. 1887 (D. 88. 1. 39; S. 87. 1. 263). — 14 juil. 1875 (D. 76. 1. 447) Dijon 2 juil. 1874 (D. 75. 2. 86) Douai 30 mai 1854 (D. 55. 2. 26) Bordeaux 15 juil. 1845 (S. 47. 2. 538).

donner lieu à une indemnité ; il en est ainsi notamment d'une *chaleur excessive* (1) ou de la *vapeur d'eau* qui se répandrait en pluie sur le sol (2).

Enfin, ce que nous avons dit de la fumée s'applique également à un dépôt de charbon, qui répandrait dans l'air des *poussières* rendant intolérable le séjour sur les terrains avoisinants (3).

E. *Vue masquée*. — L'usage se généralise de plus en plus chez les commerçants des grandes villes, soit de placer au-dessus des vitrines de leurs magasins des sortes de marquises, soit de mettre aux deux extrémités des panneaux plus ou moins mobiles qui s'avancent sur le trottoir.* Lorsque l'autorité municipale tolère ces aménagements ils sont parfaitement réguliers. Mais il peut arriver que ces travaux causent aux maisons voisines un dommage sérieux. Dans ce cas la jurisprudence décide que le commerçant a fait de son droit un usage abusif et elle le condamne, suivant l'importance du préjudice, tantôt à faire disparaître ce qu'il a édifié, tantôt à de simples dommages-intérêts.

La Cour de Douai a rendu sur ce point un arrêt particulièrement intéressant (4).

Le propriétaire d'un café-hôtel de Lille avait aménagé en terrasse le devant de son établissement donnant sur la rue. A cet effet il avait installé une marquise avec des panneaux latéraux vitrés aux-

(1) Caen 20 mars 1869 (*Rec. Caen* 69. 113).

(2) Gand 3 déc. 1863 (*Pasicr. belge* 64. 2. 240).

(3) Req. 19 avril 1905 (D. 05. 1. 256) Caen 15 juil. 1902 (*Rec. Caen* 02. 236).

(4) Douai 13 févr. 1897 (D. 97. 2. 351).

quels il suspendait des toiles ; au-dessous et sur une partie du trottoir que la municipalité lui avait permis d'occuper, il avait en outre placé des tables, des chaises et des arbustes. Cette installation eut pour résultat, non seulement de diminuer de deux tiers environ la largeur du trottoir, mais aussi de placer la maison voisine dans un enfoncement, d'en masquer la vue, de nuire à son libre accès et ainsi d'en diminuer la valeur locative et commerciale. Le voisin se plaignit, et la Cour de Douai, confirmant un jugement du tribunal de Lille, accueillit favorablement son action.

Elle estima que la construction de la marquise et son application sous le balcon de la maison du voisin, d'où elle s'inclinait vers le trottoir, était de nature à causer un « véritable préjudice », puisqu'elle paralysait la vue du premier étage, et elle condamna le cafetier à tenir compte, par des dommages-intérêts, des désagréments dont elle pouvait être la source.

Quant aux tables, aux chaises et aux arbustes, elle ordonna qu'ils ne pourraient plus désormais être placés en cordon entre les deux immeubles de manière à ne pas masquer la vue de la maison voisine ; elle spécifia, en outre, que la hauteur des arbres ne pourrait être telle que leur sommet obstruât la vue du rez-de-chaussée du voisin.

Enfin, en ce qui touchait les panneaux vitrés posés perpendiculairement à la maison et encadrant la marquise à droite et à gauche, il fut jugé que ces travaux, faisant un obstacle complet à la vue du voisin et plaçant la façade de sa maison dans une

sorte d'enfoncement, étaient évidemment abusifs, qu'ils dépassaient les inconvénients tolérés entre voisins, et leur suppression fut ordonnée ainsi que celle des toiles et des rideaux qui y étaient appendus (1).

F. *Danger d'incendie*. — Très souvent la proximité d'un établissement industriel ou commercial aura pour effet d'aggraver considérablement les risques d'incendie des immeubles voisins et d'obliger par suite leurs propriétaires à payer, pour s'assurer, une prime plus élevée que celle qui leur était demandée auparavant. Que décide la jurisprudence en pareil cas ?

Certains tribunaux, et notamment la Cour de Nancy (2), avaient pensé qu'une élévation de prime relativement considérable devait être considérée comme une obligation excédant les inconvénients ordinaires du voisinage. Ils avaient condamné le propriétaire de l'établissement industriel, alors même qu'il avait pris toutes les précautions possibles, à payer au voisin, à titre d'indemnité, la différence entre la prime qu'il était désormais obligé de payer et celle qu'il versait auparavant.

Mais l'arrêt de Nancy fut cassé. La Chambre civile décida que, quand bien même une usine entraînerait « pour les propriétaires voisins un danger redoutable et permanent d'incendie », l'in-

(1) Comparez sur ce point Douai 8 déc. 1897 (*Le droit* 25 sept. 1898) Aix 23 mai 1900 (*Le droit* 3 oct. 1900).

(2) Nancy 13 juil. 1894 (S. 97. 1. 275 sous Civ. cass. 11 nov. 1896); *Addé*: Cahors 14 nov. 1894 (*Gaz. Pal.* 95. 1. 413) Bordeaux 29 août 1872 (S. 73. 2. 259; D. 74. 5. 328).

dustriel ne pouvait être inquiété, *s'il avait « pris les précautions les plus minutieuses pour prévenir tout accident »* (1).

Cette solution semble au premier abord en contradiction absolue avec toutes les décisions que nous connaissons ; au fond il n'en est rien. Si la Cour de Cassation n'a pas dans cette hypothèse condamné l'industriel, c'est qu'elle a considéré que le danger d'incendie ne constituait pas en lui-même un dommage actuel dont le voisin puisse obtenir réparation. Peu importe en effet que celui-ci doive payer à sa compagnie d'assurance une prime plus élevée qu'auparavant ; il n'y a là qu'un préjudice indirect, car, enfin, s'il est d'un usage aussi général de s'adresser à une société pour se décharger des risques d'incendies, rien n'oblige à agir ainsi et l'on peut être soi-même son propre assureur. Tel est le raisonnement qui a entraîné la solution de la Cour Suprême (2).

II. DOMMAGES CAUSÉS PAR UN THÉÂTRE, UNE ÉCOLE, UN HÔPITAL, etc. — Il n'y a pas que les établissements industriels ou commerciaux dont le voisinage peut occasionner des inconvénients intolérables et la jurisprudence a eu maintes fois à statuer sur les plaintes des voisins soit d'un théâtre, d'une école, d'un hôpital, etc.

Dans tous ces cas les tribunaux ont, sans hésiter,

(1) Civ. cass. 11 nov. 1896 (S. 97. 1. 273 ; D. 97. 1. 10) *Comp.* Angers 9 févr. 1849 (S. 49. 2. 277) Bordeaux 29 août 1872 (D. 74. 5. 328 ; S. 73. 2. 259).

(2) Voyez les conclusions de M. Desjardins, avocat général (D. 97. 1. 10) et le rapport de M. Ruben de Couder (S. 97. 1. 276).

accueilli favorablement l'action des voisins toutes les fois que le préjudice éprouvé leur a paru excéder la mesure des inconvénients que l'on est normalement obligé de supporter.

C'est ainsi que la jurisprudence a admis la responsabilité du propriétaire d'un *théâtre*, d'un *café-concert*, d'un *bal public*. Elle a considéré que les bruits nocturnes, les allées et venues des piétons et des voitures, l'audition forcée de la musique étaient des inconvénients sérieux que l'exploitant devait réparer (1).

Il a été également jugé que le propriétaire d'un hôtel particulier, contigu à une maison d'*école primaire*, pouvait se plaindre du bruit que faisaient les élèves. En effet, dit l'arrêt, « si les habitants d'une grande ville sont tenus les uns envers les autres à une certaine tolérance, à excuser des désagréments pouvant résulter de la contiguïté de leurs demeures, cette tolérance ne peut s'étendre à des inconvénients notables et sérieux (2).

La même solution a été donnée par un arrêt de la Cour de Limoges, qui a condamné une demoiselle, qui, dans un but charitable, avait transformé sa maison en *hôpital privé*, où elle recueillait des tuberculeux, arrivés pour la plupart au dernier degré de la maladie. La Cour a estimé que les voisins, ainsi exposés à la contagion, avaient droit à des dommages-

(1) Req. 24 avril 1865 (D. 66. 1. 35; S. 66. 1. 169). — 17 avril 1872 (S. 72. 1. 76; D. 72. 1. 352) Marseille 10 mars 1905 (S. 05. 2. 149) *Contra* Req. 6 fév. 1865 (S. 66. 1. 402; D. 66. 1. 267).

(2) Paris 19 déc. 1904 (D. 05. 2. 32; S. 05. 2. 175).

intérêts (1). Cet arrêt est d'autant plus intéressant à noter que, antérieurement à l'action intentée par les voisins, M. le professeur Chantemesse, auquel M. le Ministre de l'Intérieur avait confié une enquête sur les conditions dans lesquelles se trouvait cet asile, avait reconnu que « les mesures de précaution prises par l'intéressée étaient égales au point de vue de leur efficacité à celles prises dans les hôpitaux des grandes villes ».

A l'inverse, la Cour de Caen a décidé que le bruit de la détonation d'armes à feu provenant d'un *stand*, établi à plus de 90 mètres de toute habitation dans un bâtiment clos et couvert, ne constituait pas un usage excessif du droit de propriété, surtout si ce bruit ne se produisait que durant le jour et à de rares intervalles dans l'année (2).

III. DOMMAGES CAUSÉS PAR UNE MAISON DE TOLÉRANCE. — Le voisinage d'une maison de prostitution n'apparaît pas à première vue porter une atteinte directe aux propriétés voisines comme la fumée ou les odeurs qui, s'échappant d'une usine, rendent le séjour intolérable dans les maisons contiguës. Dans cette hypothèse le voisin semble se trouver lésé surtout au point de vue moral. Mais cette différence entre le préjudice matériel et ce que l'on serait tenté d'appeler le préjudice moral n'existe pas en réalité et il est facile de se rendre compte que ce préjudice soi-disant moral n'est, en définitive, qu'un préjudice matériel ayant une cause morale. Dans

(1) Limoges 5 fév. 1902 (D. 02. 2. 95) *Comp.* Rouen 19 nov. 1883 (*Rec. Rouen* 84. 17).

(2) Caen 6 févr. 1882 (*Rec. Caen* 82. 59).

les deux cas en effet il y a dépréciation foncière, car le préjudice moral ne va pas sans être accompagné d'un préjudice matériel. Les voisins d'une maison de tolérance sont atteints dans leur dignité personnelle, non pas comme peut l'être tout individu passant dans la rue d'une façon intermittente et volontaire, mais d'une façon continue et involontaire ; de ce fait ils éprouveront plus de difficulté soit à vendre, soit à louer leurs immeubles. Leur propriété aura donc perdu de sa valeur et c'est à juste titre qu'ils pourront se plaindre.

Un instant, les tribunaux avaient pensé à appuyer leurs décisions sur le caractère de l'établissement. En 1861, la Cour Suprême déclarait que « le fait de tenir un établissement de ce genre, étant contraire aux bonnes mœurs, constitue en lui-même une faute » (1). Mais elle s'est depuis aperçue de son erreur et elle en est revenue au principe beaucoup plus juridique qu'elle avait posé quelques mois auparavant à propos d'une affaire semblable (2). Si une pareille exploitation est immorale, ce ne peut être qu'au point de vue de la conscience ; elle est, en effet, au point de vue légal, tolérée et même autorisée par l'administration. Mais, en fait, une maison de ce genre est de nature, la plupart du temps, par suite du scandale et du tapage qu'elle occasionne, à porter aux propriétés voisines une atteinte grave et sérieuse, laquelle est considérée par la jurisprudence comme le résultat d'une faute

(1) Civ. rej. 27 août 1861 (D. 61. 1. 331 ; S. 61. 1. 840).

(2) Req. 3 déc. 1860 (*ibid.*).

pouvant servir de base à une condamnation à des dommages-intérêts au profit des voisins (1). Néanmoins, puisque le simple fait d'ouvrir une maison de tolérance ne constitue pas, par lui seul, au point de vue du droit civil, une faute passible de dommages-intérêts, le voisin doit justifier d'un préjudice. On ne saurait dès lors faire droit, par exemple, à la réclamation d'un industriel qui se plaint de ce qu'une maison de tolérance a été installée auprès de son usine, alors que cette maison, qui répond d'ailleurs aux prescriptions des règlements de police, se trouve située en dehors de l'agglomération urbaine, loin de toute habitation, et n'a pu causer à l'usine aucune diminution de sa valeur vénale et de sa valeur locative (2). De même encore, l'action des voisins devrait être rejetée comme prématurée tant que l'établissement ne fonctionne pas et est encore à l'état de projet (3).

IV. DOMMAGES CAUSÉS PAR LES ANIMAUX. — C'est là une source féconde en conflits, surtout en ce qui concerne les dégâts occasionnés par le gibier. Les décisions de jurisprudence abondent en cette ma-

(1) Req. 5 juin 1882 (D. 83. 1. 291; S. 84. 1. 71) Riom 28 nov. 1901 (S. 02. 2. 48) Alger 22 févr. 1898 (S. 99. 2. 107; D. 99. 2. 6) Montpellier 18 févr. 1898 (S. 98. 2. 160) Aix 19 nov. 1878 (S. 79. 2. 139). — 11 janv. 1873 (D. 74. 2. 68). — 20 mars 1867 (S. 68. 2. 181) Lyon 16 déc. 1862 (D. 64. 2. 163). — 11 juil. 1862 (S. 63. 2. 165) Caen 11 déc. 1862 (S. 63. 2. 165. *Rec. Caen* 63. 10).

(2) Caen 26 juin 1883 (*Rec. Caen* 83. 236). Le pourvoi contre cet arrêt a été rejeté par la Chambre des Requêtes le 8 juil. 1884 (S. 85. 1. 487; D. 85. 1. 231).

(3) Bourges 9 déc. 1889 (D. 91. 2. 118).

tière. Mais pour étudier cette question, il est nécessaire de faire une distinction.

Pas de difficulté lorsque le préjudice dont se plaignent les voisins a été causé par des *animaux domestiques*. Dès que le dommage éprouvé sera sérieux, leur propriétaire devra être condamné.

Une affaire intéressante en ce genre est celle des chiens de Paul Bert. Pour ses expériences de vivisection, ce grand savant avait recueilli chez lui une quantité assez considérable de chiens. Au bout de très peu de temps, les habitants du quartier où il demeurerait furent troublés dans leur repos par les cris, les hurlements, les aboiements continuels de ces animaux. Certains voisins finirent par se plaindre, et la Cour de Paris, tout en reconnaissant que Paul Bert avait pris les précautions voulues pour faire cesser le trouble, accueillit néanmoins leur action et leur alloua des dommages-intérêts en réparation du préjudice qu'ils avaient subi (1).

Autre exemple de nature à se rencontrer plus fréquemment. Le propriétaire d'une maison sise en ville avait installé dans son jardin un poulailler contenant vingt-deux poules. L'un de ses voisins, incommodé par le bruit et par l'odeur, s'adressa à justice pour obtenir une indemnité. Le juge de paix, saisi de cette action, condamna le propriétaire à 25 fr. de dommages-intérêts et le tribunal de Tours, statuant en appel, confirma cette décision en faisant remarquer que « l'élevage dans un espace relativement restreint, au milieu d'une agglomération im-

(1) Paris 31 mars 1882 (*Gas. Trib.* 1^{er} avril 1882).

portante, d'un nombre de volailles, sensiblement égal à celui d'une petite ferme, est de nature à créer certaines incommodités excédant les limites de celles qui doivent être tolérées entre voisins » (1).

Si le dommage a été causé aux propriétés voisines par des *animaux sauvages*, la question de responsabilité se complique. En effet, à moins qu'il ne s'agisse des lapins d'une garenne ou des pigeons d'un colombier, dont les art. 524 et 564 attribuent la propriété au maître du fonds où ils séjournent, tout autre gibier est *res nullius*. Il est impossible, par exemple, de regarder comme appartenant au propriétaire d'un bois les lapins qui n'existent dans ce bois que par l'instinct qui les y a rassemblés. Il ne saurait donc être question, en ce qui les concerne, de faire intervenir la présomption de faute édictée par l'art. 1385 (2). Et c'est ce que décide la jurisprudence. « Attendu, dit un arrêt (3), que le propriétaire d'un bois, autre qu'une garenne, n'ayant ni la possession, ni la garde du gibier qui s'y rassemble, n'est pas de plein droit responsable des dégâts causés par les lapins sortis de ce bois, que sa responsabilité ne peut dériver que d'une faute, d'une négligence ou d'une imprudence par lui commise ».

En quoi consistera cette faute ou cette négligence ?

(1) Tours 29 mars 1904 (D. 05. 2. 194), *Adde* : Req. 5 déc. 1904 (D. 05.1. 77) *Comp.*, en ce qui concerne les abeilles, Paris 29 mars 1879 (S. 79. 2. 269).

(2) Req. 29 oct. 1889 (D. 90. 1. 432) Civ. cass. 13 juil. 1903 (D. 03. 1. 368) *motifs*.

(3) Civ. cass. 11 août 1874 (D. 76. 1. 308); *Adde* : Civ. cass. 22 juin 1870 (D. 70. 1. 408).

Si le propriétaire, dans le but de se procurer une chasse plus abondante, a introduit du gibier sur son fonds ou a favorisé la multiplication de celui qui s'y trouvait, il est bien évident qu'il sera alors responsable du dommage que ce gibier pourra occasionner. En effet, il a, par son fait, modifié la situation naturelle des lieux et amené volontairement une cause de préjudice que l'on peut considérer comme excédant la mesure des inconvénients du voisinage (1).

C'est ainsi notamment que la Cour de Cassation a décidé à plusieurs reprises que, si le fait de faire garder sa chasse n'est pas en lui-même constitutif d'une faute, il doit, néanmoins, être considéré comme tel quand il a eu pour résultat de conserver sur un fonds une quantité *anormale* de gibier (2).

Mais très souvent l'abondance du gibier sur un fonds sera absolument indépendante de la volonté du propriétaire, lequel sera quelquefois le premier à déplorer cette multiplication rapide. Faudra-t-il alors le déclarer responsable des dommages causés ? La jurisprudence répond affirmativement. Toutefois, pour que les voisins obtiennent une indemnité, il ne leur suffira plus de rapporter seulement la preuve

(1) Req. 1^{er} mai 1899 (D. 00. 1. 549) Civ. rej. 28 nov. 1891 (D. 92. 1. 188) Req. 10 juin 1863 (D. 63. 1. 371). — 24 juil. 1860 (D. 60. 1. 426) Civ. rej. 29 août 1870 (D. 70. 1. 408).

(2) Civ. cass. 21 févr. 1905 (D. 05. 1. 431). — 13 juil. 1903 (D. 03. 1. 368). — 11 mars 1902 (D. 02. 1. 112). — 15 janv. 1900 (D. 00. 1. 96). — 27 déc. 1898 (D. 99. 1. 383; *Rec. Rouen* 99. 216) Req. 22 mai 1901 (D. 01. 1. 356). — 26 févr. 1901 (D. 01. 1. 165) Civ. rej. 12 mai 1897 (*Rec. Caen* 97. 156) Req. 31 mai 1869 (S. 69. 1. 463).

d'un préjudice hors de proportion avec celui qui peut résulter naturellement du voisinage d'un bois, ils devront, en outre, établir que le propriétaire du terrain, où le gibier se trouve cantonné, n'a pas pris les mesures nécessaires pour le faire disparaître (1).

Quoique deux conditions soient exigées ici pour que le propriétaire soit déclaré responsable, on remarquera néanmoins que sa responsabilité est plus lourde que dans les autres hypothèses que nous avons examinées jusqu'à présent. D'après ce système, non seulement les propriétaires sont obligés de s'abstenir de tout aménagement de leur chose qui nuirait à leurs voisins, les voilà encore forcés de réagir contre des circonstances toutes naturelles et qui leur sont restées étrangères, toutes les fois qu'elles sont une cause de dommages pour leurs voisins. Et ils doivent y veiller avec soin puisque la jurisprudence leur fait un grief de n'avoir pas employé des moyens de destruction assez efficaces, de n'avoir pas multiplié les battues, etc.

§ III. — Sanction de la responsabilité.

Pour exposer dans son ensemble le système de la jurisprudence il nous reste à déterminer briève-

(1) Civ. rej. 4 déc. 1901 (D. 02. 1. 44) Req. 8 juil. 1903 (D. 03. 1. 507). — 13 janv. 1903 (D. 03. 1. 245). — 22 oct. 1901 (D. 01. 1. 526). — 8 juil. 1901 (D. 01. 1. 464). — 5 mars 1900 (D. 00. 1. 422). — 4 janv. 1899 (D. 99.1.24) Civ. cass. 7 janv. 1891 (D. 91. 1.452) Trib. Caen 15 déc. 1896 (*Rec. Caen* 97. 156). La question est résolue de la même façon en ce qui concerne le gros gibier (sangliers, cerfs, biches, etc...), malgré son caractère plus nomade que celui des lapins. Req. 24 févr. 1904 (D. 04. 1. 334). — 29 juil. 1901 (D. 02. 1. 245). — 8 juil. 1890 (D. 91. 1. 452). — 20 nov. 1888 (D. 89. 5. 404).

ment de quelle façon elle sanctionne la responsabilité du propriétaire, quand elle estime que celle-ci se trouve engagée.

Il est des cas où la question ne fait aucune difficulté et où une condamnation à des dommages-intérêts, c'est-à-dire une réparation pécuniaire, est seule possible. S'il s'agit, par exemple, d'un incendie, de l'écroulement d'une maison, la somme versée permettra alors de reconstruire l'immeuble détruit.

La question se pose au contraire quand il y a dommage permanent, c'est-à-dire lorsque la propriété de l'un a reçu un tel aménagement que celle de l'autre se trouve en subir un préjudice. Ainsi une usine installée sur un fonds fait éprouver aux propriétés voisines un dommage excédant la mesure des inconvénients ordinaires que l'on doit supporter, l'industriel sera déclaré responsable; mais à quoi sera-t-il condamné ?

En ce qui concerne le *dommage déjà éprouvé*, les tribunaux condamneront l'industriel à payer une indemnité qu'ils arbitreront suivant les circonstances (1). Sur ce point, pas de difficulté. L'art. 1146 C. civ. n'est pas applicable en l'espèce; il n'y a donc pas besoin ici, comme en matière d'obligations, d'une mise en demeure. Dès que le fait dommageable s'est produit, le droit à une réparation est né et l'industriel peut être condamné à des dommages-intérêts, non seulement à raison du préjudice souffert depuis sa demande, mais encore pour celui éprouvé antérieurement (2).

(1) Civ. rej. 25 août 1869 (S. 69. 1. 473).

(2) En ce sens : Demolombe : xi n° 50; Laurent : vi

En effet, dit un arrêt de la Chambre civile, « tant que le dommage causé peut être constaté et qu'il n'a pas été mis à couvert par la prescription, celui qui l'a souffert peut en poursuivre la réparation » (1).

Mais que décider en ce qui touche le préjudice à venir ? La jurisprudence, qui considère comme étant en faute le propriétaire dont l'installation cause un dommage intolérable, lui ordonnera tout naturellement, s'il n'a pas pris toutes les précautions voulues, de prendre les mesures nécessaires pour ne plus être en faute, en d'autres termes, pour que sa propriété n'occasionne pas au voisin une somme d'inconvénients supérieure à celle que l'on doit tolérer; elle le condamnera, suivant l'expression très heureuse de la Cour de Caen, à exécuter, dans un délai qu'elle fixera, les travaux qui « réduiront au moindre dommage » les inconvénients constatés (2), et, tant que les travaux effectués ne seront pas suffisants, le voisin sera toujours recevable à en réclamer de nouveaux (3).

Ajoutons qu'en ce qui concerne les mesures destinées à ramener le dommage dans les limites permises, la jurisprudence ne fait aucune distinction entre les établissements autorisés et ceux qui ne le sont pas. En effet, s'il s'agit d'un établissement autorisé, pourvu que les travaux ordonnés ne nuisent pas directement à son fonctionnement et ne

n° 152; Baudry-Lacantinerie et Chauveau: *Des biens* n° 223.

(1) Civ. rej. 19 juil. 1826 (S. 27. 1. 236).

(2) Caen 2 juin 1905 (*Rec. Caen* 06. 238). *Adde* : Lyon 5 déc. 1906 (S. 08. 2. 135).

(3) Caen 14 févr. 1908 (*Rec. Caen* 08. 76).

soient pas contraires aux mesures imposées par l'administration, les tribunaux sont toujours libres de prescrire telles autres mesures complémentaires qu'ils jugent convenables eu égard aux circonstances (1).

Lorsque toutes les précautions ont été prises et que, par suite de nouveaux travaux, elles ne peuvent assurer une protection efficace à la propriété voisine, les tribunaux pourront-ils alors en ordonner la suppression ? C'est ici qu'il y a lieu de distinguer. Quant aux établissements classés, qui ont été autorisés, les juges civils ne sont pas compétents pour ordonner leur fermeture, ce serait de leur part un empiètement sur les prérogatives de l'autorité administrative (2). En ce qui concerne au contraire tous les établissements, qu'ils soient classés, mais non autorisés, ou qu'ils ne figurent pas au tableau de classement, les tribunaux se sont toujours permis d'en prescrire la suppression (3). Néanmoins, pour en arriver à cette mesure extrême, il faut, non seulement que ce soit l'unique moyen de garantir le voisin, mais aussi et avant tout que le propriétaire

(1) Req. 7 déc. 1904 (S. 08. 1. 319). — 18 nov. 1884 (S. 85. 1. 69; D. 85. 1. 71). — 11 juin 1877 (D. 78. 1. 409) Civ. cass. 26 mars 1873 (D. 73. 1. 353; S. 73. 1. 256) Paris 19 avril 1893 (S. 93. 2. 124; D. 93. 2. 431) Caen 22 avril 1891 (*Rec. Caen* 92. 136) Bourges 24 juil. 1900 (S. 00. 2. 262).

(2) Req. 3 déc. 1860 (D. 61. 1. 331) Bordeaux 7 août 1872 (D. 74. 5. 328) Dijon 6 mars 1877 (D. 78. 2. 250) Agen 7 févr. 1855 (D. 55. 2. 302).

(3) Civ. rej. 8 juin 1857 (D. 57. 1. 293) Caen 24 nov. 1896 (*Rec. Caen* 96. 39). — 22 avril 1891 *précité*. Voyez la note sous cet arrêt, d'après laquelle les établissements classés et non autorisés pourraient seuls être supprimés, mais non pas ceux qui ne sont pas compris au tableau de classement.

soit en faute. Ainsi les tribunaux ne pourraient se substituer aux comités d'hygiène pour interdire certaines industries, alors qu'ils estiment que le préjudice qu'elles occasionnent n'excède pas la tolérance admise (1).

Mais qu'arrivera-t-il dans les cas où la suppression ne peut être ordonnée ou bien quand le voisin, condamné à faire certains travaux, s'obstine à ne pas les faire ? La seule sanction possible sera l'allocation d'une indemnité au voisin lésé.

En règle générale cette indemnité devra correspondre, aussi exactement qu'il sera permis de l'apprécier, à la diminution de valeur éprouvée par le fonds voisin (2). Quant à la forme sous laquelle elle sera accordée, elle consistera le plus souvent en une rente annuelle que le propriétaire devra payer au voisin tant que durera le préjudice (3). Cette rente devra être fixée d'une façon égale pour chaque année. Ainsi la Cour Suprême a cassé un arrêt qui avait condamné un industriel à une indemnité variable suivant l'intensité du dommage (4). Une indemnité fixée de la sorte supposerait en effet qu'elle ne devrait cesser entièrement que dans le cas où tout dommage disparaîtrait, alors que, comme nous le savons, le dommage ne peut donner lieu à réparation que s'il dépasse une certaine limite.

(1) Bordeaux 5 mars 1903 (D. 08. 2. 49).

(2) Orléans 25 févr. 1885 (D. 86. 2. 227) Liège 18 juil. 1883 (D. 85. 2. 79) Req. 7 juin 1869 (D. 71. 1. 117).

(3) Req. 17 juil. 1845 (S. 45. 1. 825). — 19 mai 1868 (S. 69. 1. 114; D. 68. 1. 486) Req. 17 avril 1872 (D. 72. 1. 352). — 23 oct. 1894 (S. 95. 1. 222) Trib. Lyon 9 févr. 1884 (*Gas. Pal.* 86. 1. 664).

(4) Civ. cass. 27 nov. 1844 (D. 45. 1. 13; S. 44. 1. 811).

Si la jurisprudence accorde ainsi une indemnité à raison d'un dommage qui n'est pas encore réalisé, c'est qu'il y a dans ce cas *certitude présente* d'un inconvénient futur, donc dès à présent une dépréciation de valeur de l'immeuble voisin. Il faut se garder de confondre cette situation avec ce que l'on appelle le *dommage éventuel*, c'est-à-dire un préjudice, toujours plus ou moins aléatoire et qui ne se produira peut-être jamais. A moins que le propriétaire ne soit en faute par ailleurs, à moins qu'il n'ait pas pris toutes les précautions possibles et ne soit coupable de négligence, la seule éventualité probable d'un préjudice n'ouvre pas le droit à une réparation (1). Elle ne peut donner naissance qu'à une action possessoire à la condition toutefois que l'acte commis par le propriétaire sur son fonds implique par lui-même et par sa nature une prétention à la jouissance du fonds voisin (2).

(1) Civ. cass. 11 nov. 1896 (D. 97. 1. 10; S. 97. 1. 273 et le rapport de M. Ruben de Couder) Bourges 9 déc. 1889 (D. 91. 2. 118) Angers 9 févr. 1849 (S. 49. 2. 277) Demolombe : XII n° 662.

(2) Trib. paix Lille 15 nov. 1899 (D. 00. 2. 361).

CHAPITRE II

Critique du Système de la Jurisprudence.

De toute cette série d'arrêts que nous avons tenu à présenter, il en découle une idée d'ensemble assez simple à dégager. La jurisprudence ne condamne le propriétaire à réparer le dommage qu'il a causé à son voisin que s'il est en faute et nous avons vu qu'elle le considère comme étant en faute, non seulement quand l'acte qu'il accomplit sur son fonds n'est pas conforme aux prescriptions de la loi, ou bien quand il néglige les précautions qu'il y aurait lieu de prendre, mais encore dans deux autres hypothèses, soit quand il agit sans utilité personnelle pour lui et dans le seul but de nuire au voisin, soit enfin quand le préjudice qu'il occasionne dépasse la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage.

Si personne ne critique pratiquement ces solutions et si tout le monde s'accorde pour en reconnaître la nécessité incontestable, on ne rencontre plus la même unanimité quand il s'agit d'apprécier le fondement juridique qui sert de base à la jurisprudence.

Certes, quand le dommage subi par le voisin a

pour cause une violation de la loi ou bien un défaut de précautions, les art. 1382 et 1383 doivent recevoir leur application sans conteste. Dans un cas comme dans l'autre la responsabilité du propriétaire est certainement engagée. Mais dans la troisième hypothèse, quand le propriétaire agit dans une intention malveillante et dans la quatrième, lorsque, malgré les précautions qu'il a pu prendre, il occasionne au voisin des dommages intolérables, on voit bien un préjudice éprouvé, mais la faute du propriétaire, qui, en apparence tout au moins, se contente d'exercer son droit, est plus difficile à découvrir et c'est à propos de ces deux derniers cas que naît la difficulté.

Toutefois, cette difficulté est loin d'être égale dans l'une et l'autre hypothèse.

Lorsque le propriétaire fait de son droit un exercice qui n'a d'autre résultat et d'autre but que de causer un préjudice au voisin, on s'accorde, en général, à reconnaître qu'il doit être déclaré responsable. On admet ce que l'on appelle la *faute d'intention*, et l'on condamne le propriétaire en disant qu'après tout : *Malitiis non est indulgendum*.

Cette manière de voir est d'ailleurs conforme à la tradition. Elle remonte au droit romain (1) et c'était également celle de nos anciens auteurs (2). Encore aujourd'hui, c'est cette opinion qui est adop-

(1) Dig. xxxix. 3. 1. § 12 *Denique Marcellus scribit cum eo qui in suo fodiens vicini fontem acertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem, et sane, non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi, id facit.*

(2) Domat : *Loix civiles* liv. II tit. VIII sect. 3 n° 9.

tée par la grande majorité des auteurs modernes (1).

MM. Demolombe et Bufnoir sont à peu près les seuls à avoir contesté cette doctrine (2). D'après ces auteurs, tant que le propriétaire exerce son droit, son activité apparaît comme objectivement légitime et l'on n'a pas à scruter les replis de sa conscience. « Cette recherche et cette inquisition, dit Demolombe, seraient pleines d'incertitude et d'arbitraire, et deviendraient, dans les relations de voisinage, une source intarissable de querelles et de procès. »

On nous permettra, cependant, d'être d'un avis tout opposé. Pendant des siècles, la maxime *Malitidis*. . a été appliquée sans que les rapports sociaux en aient été troublés et nous pensons plutôt que ces difficultés, que redoute M. Demolombe, surgiraient au contraire le jour où cette maxime ne serait plus admise comme une règle de droit. Est-ce une raison, d'ailleurs, parce que la recherche des intentions est souvent une question très délicate pour l'interdire ici d'une façon complète ? Pourquoi dans ces sortes de procès les juges ne se livreraient-ils pas à des investigations de cette nature, alors qu'ils sont appelés à le faire tous les jours, soit dans les affaires criminelles ou correctionnelles, soit dans les affaires de famille, comme le divorce, la filiation naturelle, les demandes en interdiction, et bien d'autres

(1) Laurent : vi n° 140 xx n° 410; Aubry et Rau : ii § p. 194. 309 note 19; Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *loc. cit.* n° 222; Capitant : *op. cit. Revue critique* 1900. p. 168; Appert : *note au Sirey* 04. 2. 217.

(2) Demolombe : xii n° 648; Bufnoir : *Propriété et contrat* p. 807 à 809; Adde : Esmein : *note au Sirey* 98. 1. 21.

encore ? Et que l'on ne vienne pas dire qu'il est impossible de jamais établir qu'un acte ait été dicté par pure malveillance, parce qu'il sera toujours aisé à son auteur de prétexter un besoin quelconque ou une fantaisie. En effet, la difficulté d'obtenir une preuve ne peut faire obstacle à l'application d'une théorie, si celle-ci est fondée. Peu importe que les cas, où la preuve pourra être fournie, se présentent rarement, dès l'instant qu'ils peuvent se rencontrer, et la jurisprudence, que nous avons signalée (1), suffit à démontrer qu'il en est quelquefois ainsi.

Mais les adversaires de la maxime insistent, et à ces objections pratiques ils ajoutent des arguments de droit. Pour quel motif, dit-on, la maxime *Malitiis* devra-t-elle l'emporter sur cette autre : *Neminem lædit qui suo jure utitur* ? A cette question, la réponse est facile. Quelqu'absolu que soit un droit, est-il donc permis au bénéficiaire de ce droit de dire à ceux qu'il a lésés : *Feci sed jure feci* ? La société prétend lui demander compte de l'usage qu'il fait des prérogatives de son droit et exercer un contrôle sur les mobiles de ses actes, même lorsque ceux-ci se présentent comme l'exercice d'une faculté légale. Et cette prétention est justifiée, car, en l'absence de ce contrôle, les droits les plus sacrés, s'ils pouvaient être utilisés dans un but quelconque, serviraient fréquemment à réaliser l'injustice et l'œuvre du législateur, satisfaisante en théorie, ne manquerait pas d'être bientôt déformée dans la pratique. En faussant l'esprit dans lequel un droit a

(1) Voy. *suprà* p. 182 et 183.

été institué, le titulaire de ce droit ne l'exerce plus, il en abuse et, à supposer qu'un dommage ait été causé à autrui, sa responsabilité peut être engagée. Or, le droit de propriété a pour objet la satisfaction de l'intérêt individuel ; par suite, il y a abus quand les mobiles qui ont poussé le propriétaire à agir sont fondés sur le seul désir de nuire au voisin, et l'on doit approuver pleinement la jurisprudence lorsqu'elle le condamne par application de l'art. 1382. Dans ce cas, sa conduite est, en effet, répréhensible au premier chef, l'acte qu'il commet est illicite moralement et juridiquement.

Ce point élucidé, il ne nous reste plus qu'à rechercher si la jurisprudence est encore bien fondée, lorsqu'elle considère comme étant en faute le propriétaire qui, malgré les précautions qu'il a pu prendre, cause à son voisin un dommage excédant la mesure ordinaire des inconvénients que les voisins doivent supporter sans se plaindre.

Cette façon de voir, après avoir été longtemps approuvée par l'unanimité des auteurs, a été récemment l'objet de critiques violentes notamment de la part de M. Capitant dans deux articles parus dans la *Revue critique* (1). D'après cet auteur, les tribunaux, qui prétendent s'en tenir à la théorie traditionnelle de la responsabilité délictuelle, en arrivent en réalité à une théorie tout opposée. Il n'y a pas de responsabilité sans faute, disent-ils. C'est aussi l'avis de M. Capitant, mais, s'il en est ainsi, il semble que l'on doive se préoccuper seulement de

(1) Capitant : *op. cit.* (*Revue critique* 1900, p. 156 et 228).

la conduite du propriétaire, c'est-à-dire considérer uniquement le point de vue subjectif de l'auteur du dommage. Or, prétend-t-il, ce n'est pas ce qui a lieu. Pour découvrir la faute du propriétaire, on juge ses actes objectivement dans leurs conséquences; c'est parce que le propriétaire a causé un préjudice excédant une certaine limite qu'il est en faute. Et pourtant l'importance du dommage ne peut faire varier que le quantum de l'indemnité, il ne saurait avoir aucune influence sur le principe même de la réparation, il ne peut servir à apprécier la conduite du propriétaire qui le cause. « Quand le propriétaire a agi prudemment, sagement, en bon père de famille, c'est-à-dire avec cette diligence moyenne que l'on exige de chacun de nous, peut-on dire qu'il abuse de son droit parce que les fonds voisins souffrent un dommage..... En interprétant ainsi l'art. 1382, on fait en réalité abstraction de l'idée de faute pour ne retenir que la notion de préjudice, parce qu'on considère tout acte dommageable comme illicite » (1). On ne cherche plus la faute dans la conduite du propriétaire, mais bien dans l'acte lui-même, et l'on n'a plus qu'une faute objective, c'est-à-dire que, sans s'en apercevoir, on est sorti du domaine de la responsabilité délictuelle.

On devine sans peine à quelle conclusion en arrivent les auteurs qui font cette critique au système de la jurisprudence. Il n'y a plus pour eux que deux façons de justifier les solutions admises et que réclame impérieusement l'équité : ou bien consi-

(1) Capitant : *loc. cit.* p. 234 et 235.

dérer que le propriétaire est en faute, non plus à raison d'un acte illicite, mais comme ayant violé une obligation préexistante, ce qui permettra de rendre l'auteur du dommage responsable en vertu de l'art. 1145 du Code civil, ou bien encore, en jetant la notion de faute par-dessus bord, soutenir uniquement que, si le propriétaire doit être déclaré responsable du dommage qu'il cause, c'est à raison d'un risque nouveau qu'il a créé et dont il est juste qu'il supporte les conséquences.

Examinons successivement ces deux systèmes.

§ 1^{er}. — Responsabilité basée sur l'inexécution d'une obligation.

Partant de ce principe qu'il est impossible d'asseoir la responsabilité du propriétaire sur un quasi-délit, on a prétendu que les voisins n'étaient pas l'un par rapport à l'autre des tiers au sens juridique du mot, mais qu'ils étaient unis par un lien de droit, que la loi a créé entre eux. La situation de chaque propriétaire est donc celle de tout débiteur tenu d'une obligation de ne pas faire. Le simple fait de commettre un acte contraire à l'abstention qui lui est imposée par le rapport de droit préexistant engage sa responsabilité. Le voisin lésé est considéré comme le créancier de son voisin et celui-ci va être obligé à réparer le préjudice, conformément aux articles 1145 et suiv. du Code civil, c'est-à-dire à moins qu'il ne prouve le cas fortuit ou la force majeure.

Mais il est intéressant de savoir ce qu'est au juste cette obligation et dans quel texte de loi elle est écrite.

a) *Du quasi-contrat de voisinage.* — Dans son traité de droit civil M. Planiol consacre une section à ce qu'il appelle le quasi-contrat de voisinage (1) et il cite parmi les obligations qui en découlent celles de procéder au bornage et de clore sa propriété, qui, pour lui, ne peuvent constituer des servitudes. C'est, d'ailleurs, tout ce que ce savant auteur entend tirer de l'existence de ce quasi-contrat.

S'emparant de cette idée et la généralisant considérablement M. Vercesco (2), et après lui, M. Noyelle (3), ont soutenu que le lien de droit qui unissait les propriétaires entre eux était un quasi-contrat, lequel était inscrit dans l'art. 1370 du Code civil. Voici, en effet, comment s'exprime M. Noyelle : « L'art. 1370, en citant comme exemples d'engagements nés sans convention « les engagements nés involontairement entre propriétaires voisins », entend certainement par là d'autres restrictions que les servitudes légales. Si le législateur n'avait entendu désigner que ces dernières, pourquoi ne les aurait-il pas désignées nommément ? L'emploi de cette expression « engagements entre propriétaires voisins » n'aurait pu alors qu'obscurcir une idée très claire. D'ailleurs, la place même de l'art. 1370 au titre des « engagements qui se forment sans convention » indique que le législateur n'a pas entendu faire allusion aux servitudes dont il s'était occupé bien

(1) Planiol : I n° 997 (2^e édit.).

(2) Vercesco : *Étude générale sur les restrictions apportées à la propriété foncière*. Thèse Paris 1901. p. 92.

(3) Noyelle : *Restrictions apportées au droit de propriété dans l'intérêt privé*. Thèse Paris 1902. p. 163.

auparavant. Enfin, le mot « engagement » implique l'idée d'un lien d'obligation. Or, on sait avec quel soin le législateur de 1804 s'est attaché, dans la crainte d'évoquer le souvenir de la féodalité, à écarter, en parlant des servitudes, toute expression qui aurait pu éveiller l'idée d'un tel lien entre le propriétaire du fonds dominant et le propriétaire du fonds servant. Les mots « engagements entre propriétaires voisins » ne peuvent donc s'appliquer aux servitudes légales, il y a lieu d'admettre d'autres restrictions du droit de propriété que les servitudes, des restrictions qui naissent du *quasi-contrat de voisinage*. »

M. Veresco invoque, en outre, l'art 651 qui parle des *obligations* auxquelles la loi assujettit les propriétaires l'un à l'égard de l'autre indépendamment de toute convention. Enfin, il s'appuie, dit-il, sur la tradition, puisque Pothier considérait le voisinage comme « un quasi-contrat qui forme des obligations réciproques entre les voisins » (1).

Qu'un pareil système ait pu être admis par Pothier, rien de surprenant, puisque cet auteur définissait le quasi-contrat, « le fait d'une personne, permis par la loi, qui l'oblige envers une autre, ou oblige une autre personne envers elle, sans qu'il intervienne aucune convention entre elles » (2).

Mais aujourd'hui ce système nous paraît devoir être repoussé, étant donnée la définition du quasi-contrat contenue dans l'art. 1371 de notre Code

(1) Pothier : *Du contrat de société* 2^e appendice n° 230 (édit. Bugnet iv p. 328).

(2) Pothier : *Des obligations* n° 113 (éd. Bugnet ii p. 56).

civil, d'après lequel « les quasi-contrats sont les faits *purement volontaires* de l'homme, dont il résulte un engagement.... ». Tout quasi-contrat suppose donc un fait volontaire de l'homme. Or, la situation contiguë des fonds est un fait matériel absolument indépendant de la personne du propriétaire. Il n'y a aucun fait volontaire de la part de chacun d'entre eux. On ne saurait voir, en effet, un fait volontaire dans l'acquisition de la propriété par tel ou tel individu ; car, quel que soit le propriétaire, la situation juridique de chacun des voisins sera toujours identiquement la même.

Il faut donc rejeter l'idée de quasi-contrat. Mais n'existe-t-il pas tout au moins une obligation légale de voisinage, qui unit les voisins entre eux ? C'est à cette conclusion qu'en arrive M. Capitant.

B. *De l'obligation de voisinage.* — M. Capitant reconnaît bien que dans nos lois positives aucun texte n'établit une obligation générale pesant sur la propriété et défendant de nuire au voisin. Mais, d'après lui, différents textes, les art. 651 et 1370 notamment, présupposent cette obligation. En outre, les art. 674 à 681, qui obligent le propriétaire à observer une certaine distance pour les ouvrages ou constructions de nature à nuire au voisin ou pour l'ouverture des vues, ne sont que les applications les plus courantes de l'obligation générale dont nous parlons (1). Grâce à cette obligation, ajoute ce savant auteur, les voisins sont, comme tout débiteur, responsables de son inexécution, ce qui évite bien

(1) Capitant : *loc. cit.*, p. 164 et 165.

des contestations et des difficultés. Le créancier n'a, en effet, qu'à prouver le fait matériel de la contravention, c'est-à-dire le dommage, et le débiteur est responsable de la violation de l'obligation, conformément à l'art. 1145, à moins qu'il ne prouve que cette violation provient d'un cas fortuit ou de force majeure. Ainsi, le propriétaire, dont la récolte a été endommagée par le gibier, obtiendra gain de cause s'il peut établir le préjudice ; de même, celui dont l'immeuble aura été déprécié par le voisinage d'un théâtre, d'une usine ou d'une maison de tolérance.

On arrive ainsi à un résultat identique à celui de la jurisprudence ; sur certains points même une application logique de cette théorie améliorerait peut-être encore les solutions données par les tribunaux, c'est ce qui se produirait notamment dans le cas d'incendie communiqué aux immeubles voisins. La preuve, exigée alors par la jurisprudence, que le premier incendie est dû à une faute ou à une négligence du propriétaire (1), est presque toujours impossible à fournir. Si l'on adopte la théorie de l'obligation de voisinage, il n'y aura pas besoin de faire cette preuve ; le seul fait du dommage causé entraînera l'obligation de le réparer, puisque l'on ne devait pas causer ce dommage. Le propriétaire attaqué pourra, il est vrai, se libérer ; mais ce sera à lui de prouver que l'incendie est dû à un cas fortuit. Et ce n'est pas là, à vrai dire, un renversement du fardeau de la preuve, c'est la conséquence

(1) Req. 13 juil. 1903 (D. 03. 1. 507 ; S. 04. 1. 16) ; *Adde* : la jurisprudence citée p. 180 note 2.

d'un manquement à une obligation préexistante. A ce point de vue, la théorie de M. Capitant peut donc être considérée comme pouvant réaliser un progrès sur la jurisprudence.

Néanmoins, si l'on pousse ce système à ses conséquences extrêmes, il faut en conclure que tout dommage doit être réparé par celui qui l'a causé. Cette conclusion est impossible à admettre. Tout acte du propriétaire a une répercussion fatale sur les fonds voisins et il faudrait dire alors que le propriétaire ne pourrait pas user de son droit s'il devait s'abstenir de tout acte nuisible au voisin. On ne peut donc poser une règle aussi générale ; il faut de toute nécessité permettre au propriétaire certains actes qui n'entraîneront jamais pour lui de responsabilité. Il y a un minimum d'inconvénients qui doit être toléré. M. Capitant est bien obligé de le reconnaître (1). Mais c'est là ce qui, en fait, est de nature à montrer le vice de son système ; car cette concession forcée conduit à faire décider qu'il existe une limite au-dessous de laquelle l'obligation de voisinage ne s'applique plus. Et pourquoi ne s'applique-t-elle plus ? Le voisin lésé a un intérêt évident à cette application. Or, celui qui a un intérêt peut toujours agir. Dire que l'obligation ne s'applique plus, c'est, en réalité, déclarer qu'elle n'existe plus. Le système de M. Capitant revient dès lors à ceci : c'est au juge qu'il appartient de déterminer dans quels cas existe l'obligation de voisinage. Autant dire, dans ces conditions, que

(1) Capitant : *loc. cit.* p. 236 et 241.

cette obligation, qui dépend de l'arbitraire du juge, n'existe pas. Ce n'est, suivant l'expression de M. Ripert, qu' « un artifice juridique permettant d'édicter, dans certains cas, une responsabilité ».

Admettons même que l'on modifie, en ce sens, la formule de M. Capitant, et qu'on dise : en vertu de l'obligation de voisinage, le propriétaire ne pourra causer aucun dommage *important* à son voisin, le juge restant libre de déterminer cette importance. Sous cette nouvelle forme, le système se heurte encore à de sérieuses objections. Prenons une hypothèse où la jurisprudence dit n'y avoir lieu à responsabilité, le fait de couper les veines d'une source, par exemple. Il peut y avoir là un dommage très important pour le propriétaire du fonds où l'eau venait sourdre auparavant. L'obligation du voisinage se trouve donc violée et une réparation doit s'imposer. M. Capitant approuve cependant la jurisprudence qui, nous l'avons vu, refuse alors toute indemnité, et il n'est pas difficile, selon lui, de trouver la justification de cette solution. Nous serions ici en présence d'une véritable exception consacrée par l'art. 552 C. civ. Cette explication ne nous semble pas probante. Ce texte, en effet, ne peut rien ajouter aux pouvoirs de propriétaire sur sa chose, puisque le droit de propriété est absolu par définition. Si l'art. 552 n'existait pas, le propriétaire pourrait tout aussi bien faire des fouilles, et d'autre part, s'il avait la portée que M. Capitant veut lui attribuer, pourquoi le propriétaire serait-il responsable quand ses fouilles ont eu pour résultat,

au lieu de faire tarir une source, de faire crouler une maison ?

Placée sur le terrain pratique, la théorie de M. Capitant n'aboutit pas, somme toute, à des réformes bien considérables ; elle échoue, en revanche, dans l'explication complète de la jurisprudence et elle est obligée d'invoquer des exceptions à un principe qu'elle n'a même pas clairement formulé. D'ailleurs, si on la considère du point de vue juridique, elle ne nous paraît pas devoir être accueillie.

M. Capitant parle d'une obligation légale et, du reste, étant donné son système, il ne peut être question que d'une obligation de ce genre. Or, nulle part le Code ne mentionne cette obligation. Ce n'est qu'en s'appuyant sur quelques articles et sur quelques mots dans chacun de ces textes qu'il a construit sa théorie. Les articles 651 et 1370, sur lesquels il se fonde, contiennent un simple rappel des différentes obligations spéciales que la loi énumère, sans faire la moindre allusion à une obligation plus générale qui existerait au-dessus des autres. Toute obligation étant contraire à la liberté de l'individu, il faut un texte formel pour restreindre cette liberté. Ce texte n'existe pas. Dès lors, nous concluons en disant avec M. Ripert : « Tout dans cette théorie est pure supposition » (1). Ce n'est qu'un voile juridique derrière lequel on abrite des solutions que réclame impérieusement l'équité.

Comme on le voit, il est juridiquement impossible de soutenir que les voisins ne sont pas des tiers l'un

(1) Ripert : *loc. cit.*, p. 278.

par rapport à l'autre ; il est inadmissible de prétendre qu'ils sont liés, soit par un quasi-contrat, soit par une obligation légale. Mais, ajoute M. Ripert, ce n'est pas une raison pour en revenir à la faute aquilienne et accueillir le système de la jurisprudence. « Il faut, dit-il, adopter une solution plus radicale et déclarer franchement que l'art. 1382 ne saurait nous donner la solution du conflit. Sur ce point, comme sur bien d'autres d'ailleurs, il est insuffisant. Le Code civil s'est préoccupé de prévenir le conflit de voisinage, non d'assurer la réparation des dommages causés. L'art. 1382 règle le conflit des activités libres, s'exerçant au sein de la même société, mais aucun texte n'apporte de solution pour la réglementation du conflit de droits similaires se nuisant réciproquement » (1). M. Ripert en arrive ainsi à la responsabilité sans faute, à la théorie du risque.

II. RESPONSABILITÉ BASÉE SUR LE RISQUE. — Pour échafauder son système, M. Ripert commence par faire sienne l'idée émise par Kant (2) et reprise en France notamment par M. Ortolan (3) et par M. Planiol (4), à savoir que le droit réel n'est pas un droit sur la chose. En effet, dit-il, quand on définit la propriété un pouvoir sur une chose, on n'en saisit que le caractère extérieur, car tout détenteur a, comme tout propriétaire, un pouvoir sur la chose.

(1) Ripert : *loc. cit.* p. 325.

(2) Kant : *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit* (Trad. Borni) p. 88.

(3) Ortolan : *Explication historique des Institutes* I, p. 637 à 642.

(4) Planiol : I n° 726 (2^e éd.).

On ne saurait en réalité comprendre un droit existant entre une personne et une chose ; tout droit ne peut exister qu'entre deux personnes. Ici le sujet actif du droit, c'est le propriétaire, celui qui peut user de la chose ; l'objet du droit, c'est la chose ; reste à découvrir le sujet passif contre qui le propriétaire pourra exercer son droit. Or le propriétaire n'agit pas contre la chose, mais contre quiconque vient le troubler dans l'exercice de son pouvoir privatif sur cette chose : le sujet passif, c'est donc tout le monde excepté le propriétaire.

De cette démonstration M. Ripert tire immédiatement cette conséquence que le droit de propriété n'est pas un droit absolu. En effet, tout droit existant contre des personnes est nécessairement limité, parce qu'il y a chez le sujet passif une force de résistance contre les prétentions du sujet actif et, en matière de propriété, cette résistance va se rencontrer précisément chez les propriétaires voisins de l'immeuble.

Toutefois il ne suffit pas de dire que le droit de propriété est limité ; cette conception aboutirait à un sacrifice de l'intérêt individuel nuisible à tous. « Il est d'intérêt général que chacun puisse donner à sa chose toutes les destinations économiques possibles ; il est aussi d'intérêt général que ses voisins ne souffrent passans compensation le préjudice éprouvé. On doit l'obliger à le réparer et c'est sur le terrain de la responsabilité qu'il faut transporter la question » (1).

(1) Ripert : *loc. cit.* p. 320.

Quel sera le fondement de cette responsabilité ? Telle est la question. M. Ripert reconnaît bien que, dans la pensée des rédacteurs du Code, l'art. 1382, qui édicte le principe général en matière de responsabilité, repose sur l'idée de faute. Par suite celui qui exerce un droit ne saurait être en faute. Mais, déclare cet auteur, si nous devons respecter le texte législatif, nous ne sommes pas tenus de respecter la pensée législative (1). C'est d'ailleurs, d'après lui, ce qu'ont fait tous les auteurs, consciemment ou inconsciemment, et cela était fatal, car des besoins nouveaux ont surgi qu'on ne pouvait prévoir et, par suite, réglementer. Prenant alors résolument le contre-pied de la maxime : *Neminem lædit qui suo jure utitur*, il proclame au contraire que *l'on peut être responsable dans l'exercice de son droit*.

Dans quels cas alors le propriétaire sera-t-il responsable ? Pour le savoir on doit se demander quel est le but vers lequel combat le droit. Ce but « c'est d'assurer la réparation des dommages causés ». Il faut donc rechercher par qui devra être fournie la réparation et, pour cela, « consulter à la fois ce sentiment de justice sociale qui se dégage toujours d'une collectivité et l'utilité générale de la société, devant laquelle le droit ne saurait rester indifférent... Nous aurons alors vraiment un « droit vivant né avec nous », toujours adapté aux sentiments et aux besoins de son époque » (2).

(1) Ripert : *loc. cit.*, p. 322 et 324.

(2) *Ibid.* : p. 326 et 327.

Or, au point de vue de l'équité, une solution s'impose : doit réparer le préjudice celui qui l'a causé et, en définitive, il faut considérer ici comme étant l'auteur du dommage *celui qui a détruit le rapport normal existant entre les deux propriétés* (1).

Supposons en effet, dit M. Ripert, deux fonds contigus. Il y a entre eux un équilibre naturel. Voilà que l'un des propriétaires défriche son terrain, « fait des fouilles, creuse des fossés, recueille les eaux. De ces travaux peut résulter un préjudice pour le voisin. Par exemple, les fouilles amèneront l'éboulement d'un talus, des eaux nuisibles envahiront son fonds, etc... En bonne justice c'est évidemment l'auteur de l'aménagement nouveau qui doit en réparer les suites. L'exploitation identique des deux fonds assurait l'équilibre des intérêts en présence. Un des propriétaires a rompu cet équilibre ; il doit réparer le dommage résultant de cette rupture » (2). — Supposons au contraire un usinier qui a pour voisin un blanchisseur de toiles. La fumée, quoique très modérée, noircit ces toiles. Dans ce cas l'industriel ne sera pas responsable et la raison en est bien simple. Il n'a pas détruit le rapport normal existant entre les deux fonds. En effet, si le blanchisseur usait de son fonds d'une manière ordinaire, il ne lui causerait aucun dommage, et, s'il lui plaît de consacrer son fonds à cette industrie spéciale, de « diriger son activité dans une voie exceptionnelle »,

(1) Ripert : *loc. cit.*, p. 333.

(2) *Ibid.* : p. 333 et 334.

c'est lui qui, quoique victime, est en réalité la cause du dommage.

« En résumé, ajoute M. Ripert (1), au point de vue de l'équité, on peut établir ce premier principe : doit être responsable du dommage celui qui l'a causé, principe qui nécessite immédiatement une explication : celui qui a causé le dommage est celui qui, faisant de sa propriété un usage anormal, exceptionnel, a détruit le rapport d'équilibre qui existait entre les fonds voisins. »

« Le fait que l'on exerce son droit ne peut rien changer à ce principe. On doit être responsable quoique l'on exerce son droit ou plutôt justement parce que l'on exerce un droit. C'est l'idée très générale qui est contenue dans l'expression de *risque professionnel*. Toute activité humaine s'exerçant légitimement entraîne des conséquences dommageables comme des conséquences profitables, et celui qui bénéficie du profit doit supporter le risque. Le risque professionnel est la conséquence fatale de l'industrie. Mais toute activité s'exerçant sur des choses peut entraîner des préjudices et l'on parle avec juste raison dans ce cas de *risque créé*. Celui qui use d'une chose de telle ou telle façon augmente pour les autres les chances de dommage. S'il n'usait pas de la chose, il n'y aurait pas de dommage. Sans doute c'est toujours son droit d'en user, la loi le lui reconnaît expressément; cet usage lui rapportera un profit; mais celui qui bénéficie des avantages doit supporter les pertes. Au point de

(1) Ripert : *loc. cit.* p. 335 et 336.

vue de l'équité, la reconnaissance d'un droit par la loi entraîne le droit d'exercer librement son activité, mais non de s'exonérer de toute conséquence de cette activité.

« Cette idée complète la première. Nous disions tout à l'heure : qui crée le dommage doit le réparer parce qu'il l'a créé; il faut ajouter et parce qu'il profite de la cause qui le crée. Laisser un tel acte sans réparation, ce serait le scinder en deux parties, diviser ses conséquences, laisser au propriétaire toutes les bonnes chances, faire supporter à ses voisins toutes les mauvaises. On ne peut opérer cette scission arbitraire. Les conséquences d'un acte forment un bloc; celui qui a pris l'initiative de l'acte doit les supporter toutes. »

Non seulement, dit M. Ripert en terminant l'exposé de son système, ce principe de la responsabilité dans l'exercice du droit satisfait l'équité, il est en même temps conforme à l'intérêt social, car, quoi qu'on en dise, la maxime : *Neminem laedit...* « ne s'appuie que sur une séculaire habitude de la citer. La tradition ne remplace pas de bonnes raisons. Il n'y a plus en sa faveur qu'une habitude de l'esprit; il faut savoir se dégager de ces maximes fabriquées de toutes pièces par un jurisconsulte plus ou moins ingénieux et léguées de génération en génération, et ne pas craindre de proclamer hardiment la responsabilité dans l'exercice d'un droit » (1).

Tel est, dans son ensemble, le système présenté par M. Ripert d'une façon vraiment magistrale. Il

(1) Ripert : *loc. cit.* p. 344.

peut se résumer de la façon suivante. Tous les usages de la propriété qui sont exceptionnels donnent naissance à une action au profit du voisin qui en supporte les conséquences préjudiciables. Et, s'il en est ainsi, c'est que le propriétaire, trouvant un avantage à user de son droit de cette façon, doit en bonne justice en supporter les conséquences. Il n'y a donc pas à considérer si le propriétaire est ou non en faute; s'il doit être déclaré responsable, c'est la conséquence du risque qu'il a créé.

Quelqu'ingénieuse que soit cette théorie, nous ne saurions l'adopter pour notre compte, et cela pour plusieurs raisons.

Le jour où l'art. 1382 sera rédigé dans les termes que semble souhaiter M. Saleilles (1), le jour où notre Code civil dira : « *Tout fait quelconque de l'homme, accompli dans des conditions telles que, d'après les usages reçus et les convenances sociales, il implique qu'il soit fait aux risques et périls de celui qui en est l'auteur, oblige ce dernier à réparer le dommage qu'il a causé* », ce jour-là nous nous inclinerons. Mais jusque-là admettre la théorie du risque en notre matière, c'est aller manifestement à l'encontre de notre législation actuelle, c'est se substituer au législateur.

Si, comme l'a fait M. Ripert, nous nous étions demandé « comment faut-il régler les droits des propriétaires voisins » (2), nous pourrions, nous

(1) Saleilles : *Rapport présenté à la première sous-commission de la commission de révision du Code civil* (Bulletin de la Société d'Études législatives 1905. 338).

(2) Ripert : *loc. cit.*, p. 9 et 10.

aussi, chercher à échafauder un système plus ou moins fondé sur l'équité; mais notre but est tout autre; ce que nous voulons savoir, c'est comment notre Code nous permet de solutionner le conflit de voisinage.

Or il est bien certain, M. Ripert l'admet lui-même, que les voisins sont des tiers l'un par rapport à l'autre, qu'aucun lien juridique ne les relie entre eux; nous n'avons donc à notre disposition que l'art. 1382, qui est le texte général en matière de responsabilité. Il est incontestable également, et M. Ripert le reconnaît aussi (1), que le texte, tout comme la pensée du législateur de 1804, exigent une faute de la part de l'auteur du dommage pour que celui-ci soit tenu de le réparer. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter aux déclarations des orateurs chargés de présenter le projet du Code. « Le dommage, a dit le tribun Tarrible dans son discours au Corps législatif, pour qu'il soit sujet à réparation, doit être l'effet d'une faute ou d'une imprudence de la part de quelqu'un; s'il ne peut être attribué à cette cause, il n'est plus que l'ouvrage du sort, dont chacun doit supporter les chances; mais s'il y a eu faute ou imprudence, quelque légère que soit leur influence sur le dommage commis, il en est dû réparation... La responsabilité ne peut, en effet, atteindre ceux qui sont exempts de tout reproche » (2). De son côté, Treilhard disait ceci : « Ainsi réglée, la responsabilité est de toute

(1) Ripert : *loc. cit.*, p. 322.

(2) Locré : XIII, p. 58 et 59; Fenet : XIII, p. 488 et 489.

justice. Ceux à qui elle est imposée ont à s'imputer pour le moins, les uns de la faiblesse, les autres de mauvais choix, tous de la négligence » (1).

La formule de la loi correspond donc exactement à la pensée de ses rédacteurs (2). Et, dans ces conditions, comment peut-on se permettre de dire que, si nous devons respecter le texte législatif, nous ne sommes pas tenus de respecter la pensée du législateur (3)? En réalité, nous devons appliquer l'un et l'autre, parce qu'il nous est impossible d'appliquer l'un sans l'autre.

De quel droit, d'ailleurs, serions-nous autorisés à procéder autrement? M. Ripert signale certaines lois qui ont déjà créé des cas de responsabilité sans faute et qui sont de nature à nous familiariser avec la notion du risque. Il cite notamment la loi du 8 juin 1895, qui a modifié l'art. 446 du Code d'instr.

(1) Locré: *xiii*. p. 32; Fenet: *xiii*. p. 468.

(2) Dans une thèse, intitulée : *De la responsabilité par suite de l'abus du droit* (Paris 1906. 136), l'auteur, M. Jannot, a soutenu que les législateurs du Code civil, lorsqu'ils avaient rédigé l'art. 1382, n'avaient songé en aucune façon à l'idée de faute. « En effet, dit-il, ce qui a dû attirer leur attention c'est l'élément qui servirait de source à la responsabilité, et, pour exprimer leurs idées, ils ont dû choisir un mot qui rendit parfaitement leur pensée, de sorte qu'il ne puisse y avoir aucune équivoque possible. Ce mot doit, de toute nécessité, se trouver en tête de l'article. Or quelle est l'expression employée? C'est le mot fait. « Tout fait.... ». Il s'agit d'un simple fait, le législateur ne fait aucune distinction; le texte est général; par conséquent l'expression vise aussi bien les faits non délictuels que les actes illicites. » Nous ne nous arrêterons pas à réfuter ce système, qui a seulement le mérite d'être pittoresque, et qui dénote un mépris trop évident des travaux préparatoires.

(3) Ripert: *loc. cit.*, p. 324.

crim. et mis à la charge de l'État les indemnités que la Cour de Cassation est autorisée à allouer aux condamnés, reconnus innocents après révision. Il indique, en second lieu, la loi du 9 avril 1898 (dont le principe a été étendu par les lois du 30 juin 1899 et du 12 avril 1906) et qui oblige certains patrons à réparer en partie les conséquences des accidents dont leurs ouvriers sont victimes dans leur travail (1). Ces lois montrent bien que le législateur moderne n'est pas absolument hostile à l'idée du risque ; mais, est-ce une raison, parce que cette notion s'est fait jour dans certaines matières, pour la faire accueillir sans un texte dans tous les domaines et spécialement dans les conflits entre voisins ? La réponse ne nous paraît pas douteuse et nous nous emparons à notre tour de ces lois pour en tirer un argument tout opposé à celui de M. Ripert. Si, dans notre législation, la création du risque pouvait servir à baser une condamnation, à quoi donc auraient servi les lois précitées ? Si le législateur a éprouvé le besoin de les promulguer, c'est que, sans elles, il fallait en revenir à l'idée de faute, jugée manifestement insuffisante en ces matières.

Tant qu'une loi ne sera pas venue abroger l'art. 1382, la faute doit demeurer le seul fondement

(1) M. Ripert mentionne encore la loi du 29 juillet 1899, qui a modifié l'art. 1384 du Code civil. Il prétend que cette loi édicte aussi un cas de responsabilité sans faute. Ce n'est pas notre façon de penser, car elle n'a eu pour but que de substituer la responsabilité de l'État à celle des membres de l'enseignement public, lesquels, *en vertu d'une présomption de faute*, sont de plein droit responsables des accidents causés par leurs élèves.

de la responsabilité entre voisins, et cela, quand bien même des « besoins nouveaux » se seraient fait jour depuis 1804. Du reste, rien n'est plus exagéré que cette prétention. Certes, dans le courant du XIX^e siècle, par suite du développement considérable de la grande industrie, les occasions de conflit se sont multipliées d'une façon inattendue. Est-ce cependant une raison pour dire que la question n'était pas encore née? Nous ne le pensons pas. Mettons à part, si l'on veut, toutes les difficultés relatives aux établissements industriels, il en reste bien d'autres, celles-là aussi vieilles que le monde. Les lapins sauvages ont-ils attendu la promulgation du Code pour se multiplier dans les conditions que l'on sait? De tout temps n'a-t-on pas procédé à des fouilles susceptibles d'amener des éboulements? Qu'on ne parle donc pas de « besoins nouveaux ». Ces besoins, quoique en beaucoup moins grand nombre, ont toujours existé; le législateur de 1804 ne les ignorait pas: il n'a pas pu les oublier. Et, s'il n'a pas consacré un texte spécial à la matière, c'est qu'il a estimé que le texte général était suffisant. Il faut donc nous en contenter et en faire l'application, sans redouter de voir qualifier notre procédé « d'hypocrisie juridique ».

Nous nous en contenterons d'autant plus volontiers que l'idée de faute est, quoiqu'on en dise, le seul fondement équitable de la responsabilité civile. « Tout cas de responsabilité sans faute, dit M. Planiol (1), s'il était réellement admis, serait une

(1) Planiol : *Etude sur la responsabilité civile* (Revue critique de législation et de jurisprudence 1905, p. 278 et 279).

injustice sociale. Ce serait, pour le droit civil, l'équivalent de ce qu'est, en droit pénal, la condamnation d'un innocent.... On aura beau écrire des milliers de pages sur la responsabilité objective, jamais on n'en démontrera l'utilité, ni l'équité... En supprimant l'appréciation des fautes dans les rapports humains, on détruira toute justice ».

« Au fond, ajoute ce savant auteur (1), la doctrine du risque créé repose sur cette idée préconçue : « L'homme n'a jamais le droit de nuire à l'homme ». On nous la présente comme un axiome et c'est cependant une proposition manifestement fausse. On pourrait presque la retourner et dire que les hommes passent, non leur vie entière (ce qui serait une exagération en sens inverse et également fausse), mais, du moins, une bonne partie de leur vie à se nuire les uns aux autres. La vie des sociétés est une lutte perpétuelle et universelle. Toute action, tout travail est un fait de concurrence économique ou sociale ; tout homme, toute nation, qui acquiert une supériorité dans une branche quelconque de son activité, en supplantant d'autres, évince ses concurrents, leur nuit, et *c'est son droit de leur nuire*. Telle est la loi de la nature et l'humanité n'a pas d'intérêt à s'y soustraire, parce qu'elle est le seul stimulant de son énergie. Il est manifestement impossible d'obliger celui qui triomphe aux dépens d'autrui à indemniser ses concurrents malheureux ».

« Pour que vos risques passent à ma charge, il ne suffit pas que ce soit mon « activité » qui ait

(1) Planiol : *loc. cit.* p. 290.

causé votre malheur, il faut encore que cette activité soit « fautive » ou « irrégulière ». Il faut qu'en agissant ainsi *je n'aie pas eu le droit de le faire* ; sinon vous n'avez rien à me réclamer » (1).

C'est d'ailleurs à ce principe que M. Ripert est fatalement obligé d'arriver. Lui-même n'a pas pu dans son système se défaire complètement de l'idée de faute. On ne peut évidemment, dit-il, proscrire

(1) Quelques arrêts de date récente avaient prétendu que le propriétaire des choses inanimées, qui ont causé un dommage, devait dans tous les cas être responsable en vertu de l'art. 1384, lequel aurait, paraît-il, substitué l'idée objective de dommage à l'idée subjective de faute. Voyez notamment sur ce point un arrêt de la Cour de Chambéry du 12 juillet 1905 (D. 05. 2. 417) et la note de M. Josserand qui approuve cette manière de voir. *Adde* une autre note du même auteur (D. 00. 2. 289). Mais la Cour Suprême, dans deux arrêts, l'un du 22 janvier 1908 (D. 08. 1. 217), l'autre du 25 mars 1908 (*Gaz. Pal.* 08. 1. 548), a rejeté ce système et posé les vrais principes en la matière. Le second de ces arrêts décide en effet que le dommage causé par une chose n'entraîne pas nécessairement la responsabilité du propriétaire de cette chose. L'art. 1384 crée bien une présomption de responsabilité contre lui, mais celui-ci peut s'en affranchir en établissant que la chose n'était pas sous sa garde ou sous celle de ses préposés au moment du dommage, ou bien que le dommage est provenu, soit d'un cas fortuit, soit d'un cas de force majeure, soit de toute autre cause étrangère. S'il en est ainsi, le propriétaire d'une chose inanimée n'est pas responsable du préjudice, en tant que propriétaire, mais parce que la loi a créé une présomption de faute à l'encontre de celui qui en a la garde, comme elle en a créé une autre à l'encontre de celui qui doit répondre de certaines personnes. Et, comme le dit fort bien M. Planiol (*Étude sur la responsabilité civile : Revue critique de législation et de jurisprudence* 1906. p. 89), « la responsabilité, née de la garde des choses, conformément aux art. 1384 et 1385, est donc fondée sur une obligation spéciale, imposée au propriétaire d'une chose dangereuse ou à ceux qui le remplacent dans cette garde (préposés,

tout acte qui nuirait à autrui. « Une telle interdiction serait elle-même antisociale, car elle arrêterait toute utilisation pratique de la propriété. Il faut donc faire une distinction entre le cas où l'on agira sans droit et celui où l'on exercera bien un droit de propriété » (1). Ce ne sera donc pas un fait quelconque, qui, d'après lui, engendrera la responsabilité du propriétaire, ce sera, comme il l'indique du reste lui-même, un acte « exceptionnel », un « usage anormal » que le propriétaire aura fait de son droit.

locataires, emprunteurs, etc...), et, toutes les fois que cette responsabilité s'applique, on peut dire qu'il y a faute. L'idée de garde conduit nécessairement à *l'idée de faute* commise et non à *l'idée de risque* encouru sans faute. » C'est en vertu de cette présomption de faute édictée par l'art. 1384 à l'encontre de celui qui a sous sa garde une chose inanimée que nous croyons devoir justifier, en ce qui concerne les incendies allumés le long des voies ferrées par les flammèches s'échappant des locomotives, les solutions admises par les arrêts, qui déclarent dans tous les cas les compagnies de chemin de fer responsables. Voyez Toulouse 6 mai 1902 (S. 05. 2. 105; D. 03. 2. 413) Bordeaux 21 juin 1859 (S. 60. 2. 41) Paris 30 août 1858 (S. 05. 2. 105 *ad notam*). Cette façon de procéder est certes plus juridique que celle de la jurisprudence, qui nous semble aller un peu loin en posant en règle générale que « le dommage nécessairement occasionné par une industrie doit être à la charge de cette industrie » (Bordeaux 21 juin 1859), ou bien encore que « celui qui exerce une profession, qui, par sa nature, est dangereuse ou incommode pour ses voisins, doit indemnité pour le dommage qu'il leur cause, alors même que l'industrie est exercée suivant toutes les règles de la prudence ordinaire » (Paris 30 août 1858). — Quant aux incendies allumés par les tramways à vapeur circulant sur routes, notons, en passant, qu'il n'y a pour eux aucune espèce de difficulté à trouver une base de condamnation. Celle-ci résulte de l'art. 21 § 4 du décret du 6 août 1881. Voy. Req. 4 avril 1905 (D. 08. 1. 204).

(1) Ripert : *loc. cit.* 317.

Mais comment un fait peut-il avoir ce caractère par lui-même ? En eux-mêmes, les faits sont indifférents. Le fait le plus grave, comme le meurtre d'un homme, peut être tour à tour criminel, héroïque ou indifférent, car il peut, selon les cas, constituer un assassinat, un acte de courage ou de légitime défense. Et ce qui est vrai au point de vue pénal l'est également au point de vue civil.

L'idée de faute reparaît donc, même dans la théorie de la faute objective, et son appréciation ne peut se faire sans une appréciation du rôle personnel de l'agent. La matérialité du fait ne suffit pas à l'établir.

« Qu'on le veuille ou non, conclut M. Planiol (1), la formule « création du risque » laisse toujours percer l'idée de faute entre les termes trop simples dont elle est composée et on se trouve toujours amené à ne reconnaître de responsabilité que là où il y a eu création *fautive* d'un risque nouveau, c'est-à-dire ne rendre responsable des accidents que ceux qui les ont causés *par leur faute*. Est-ce la peine de rejeter toutes les formules et toutes les traditions en proclamant qu'on abandonne des idées surannées et qu'on ouvre une ère nouvelle pour arriver finalement à replacer au même endroit qu'auparavant la limite de la responsabilité ? »

Comme on le voit, tant au point de vue juridique qu'au point de vue de l'équité, il faut en revenir à cette idée que l'on ne peut en aucun cas condamner le propriétaire auteur du dommage que s'il a commis

(1) Planiol : *note au Dalloz* 07. 2. 17.

une faute. Il est impossible de déclarer quelqu'un responsable quand il se contente d'exercer un droit que la loi lui reconnaît. La seule question qui nous reste donc à examiner est celle de savoir si l'on peut juridiquement soutenir, comme le fait la jurisprudence, que le propriétaire est en faute quand le dommage qu'il a causé à son voisin excède la mesure des inconvénients habituels du voisinage.

III. RESPONSABILITÉ BASÉE SUR LA FAUTE. — Nous ne nous dissimulons pas qu'au premier abord la formule de la jurisprudence soit de nature à étonner quelque peu. Il paraît, en effet, assez difficile de faire admettre qu'un propriétaire, ayant pris les précautions nécessaires pour ne pas nuire à son voisin, soit néanmoins déclaré en faute sous le prétexte que le dommage qu'il a causé excède une certaine mesure et l'on comprend que l'on soit tenté de dire, avec M. Capitant (1), « en interprétant ainsi l'art. 1382, on fait, en réalité, abstraction de l'idée de faute pour ne retenir que la notion de préjudice ».

Cependant, nous considérons que, pour quiconque réfléchit un peu plus, cette objection, que l'on fait au système traditionnel de la responsabilité délictuelle, n'est pas sans réponse.

Et tout d'abord, on nous permettra d'être surpris que cette critique date seulement de ces dernières années. Depuis plus d'un siècle, nos magistrats ont eu journellement à solutionner des questions du

(1) Cf. *suprà*, p. 221.

genre de celle qui nous occupe en ce moment. Comment se fait-il qu'ils ne se soient pas aperçus plus tôt de l'insuffisance du principe sur lequel ils basent leurs jugements ? Comment comprendre qu'ils s'obstinent encore à exiger en ces sortes d'affaires que le demandeur rapporte la preuve que le défendeur est en faute ? Cela devient plus étrange encore quand on songe, qu'à part quelques divergences d'appréciation, très rares, il est vrai, mais fatales, leurs décisions sont assez équitables pour qu'on éprouve en les lisant un sentiment de satisfaction indéniable. Nous savons bien, hélas ! qu'il faut faire une large part à la force de l'habitude ; mais il n'en est pas moins vrai que ce résultat donne à penser que la règle de conduite des tribunaux n'est peut-être pas très éloignée de la vérité.

Quoi qu'il en soit, ceci est loin d'être une réponse à l'objection et cependant nous ne voudrions pas éluder la difficulté, bien convaincus que nous sommes de pouvoir la vaincre, pour cette excellente raison qu'elle n'existe pas, d'après nous.

Si l'on en croit M. Capitant et les quelques auteurs qui, après lui, ont critiqué le système de la jurisprudence, on doit, pour savoir si l'auteur du dommage est en faute, se préoccuper uniquement de la conduite du propriétaire. A cela nous pourrions peut-être répondre que, si ce principe est vrai sur le terrain de la morale, il n'est plus aussi absolu dans la pratique juridique. Dans le domaine du droit, la faute n'existe que par ses résultats, c'est-à-dire par le dommage qu'elle a pu causer. Le juge n'a pas à tenir compte d'une faute qui n'aurait produit aucun

dommage, car le dommage est la condition pour que la faute soit réprimée. L'appréciation du rôle de l'agent ne peut conduire à aucun résultat pratique, si l'on fait abstraction du dommage. Dans toute question de responsabilité, le côté subjectif de faute et le côté objectif de dommage se trouvent fatalement liés et il est bien difficile de considérer l'un sans l'autre.

Toutefois cette réponse, nous le reconnaissons volontiers, n'est pas encore suffisante ; mais voici un raisonnement qui, selon nous, est absolument décisif pour réduire à néant la critique que l'on a faite à la jurisprudence.

En droit, on doit admettre que la « faute » et le « fait illicite » sont deux concepts semblables. Dans le langage juridique, on emploie indifféremment ces deux expressions en les prenant pour synonymes. Or, qu'est-ce qu'un fait illicite ? M. Bufonir en a donné une définition qui nous paraît à l'abri de toute critique. « Le fait illicite, dit-il, consiste dans un acte qui dépasse le contenu d'un droit » (1). Cette formule peut être considérée comme un axiome juridique. En effet, ainsi que M. Planiol le fait très justement remarquer (2), « un droit quelconque n'est un droit que parce qu'il implique chez les autres la nécessité de le respecter, et cette nécessité n'est autre chose que la plus essentielle des obligations juridiques, puisque, sans elle, les droits

(1) Bufnoir : *loc. cit.* p. 809.

(2) Planiol : *Etude sur la responsabilité civile* (Rev. critiq. 1905. p. 287).

ne seraient que des intérêts exposés à toutes les atteintes. »

Dès lors, en notre matière, pour savoir si le propriétaire a commis un acte illicite, ou une faute, ce qui est la même chose, que faudra-t-il rechercher ? Uniquement ceci : a-t-il, oui ou non, agi dans les limites de son droit de propriété. S'il est resté dans les limites permises, sa conduite est sans reproches, on ne peut rien lui demander. Au contraire, s'il a dépassé ces limites, il a, malgré les apparences, agi sans droit et il doit être déclaré responsable. Et, comment saura-t-on quand le propriétaire a dépassé le contenu de son droit, si ce n'est en examinant le dommage qu'il a causé ? Comme on le voit, l'appréciation du préjudice est ici le seul et unique moyen d'être renseigné sur la faute commise et il ne nous semble pas que raisonner ainsi soit faire abstraction de l'idée de faute. Le procédé classique nous paraît donc à l'abri de toute critique et nous croyons avoir répondu à l'objection de M. Capitant.

Nous n'avons plus maintenant qu'à déterminer quelle devra être la gravité du préjudice pour qu'il soit permis de dire que le propriétaire est en faute comme ayant excédé le contenu de son droit.

La question est délicate sans doute et les formules, proposées pour la résoudre par la plupart des auteurs qui, comme nous, ont considéré que le système de la jurisprudence procédait juridiquement, ne nous satisfont pas pleinement.

C'est, en effet, rappeler le principe, mais sans faire avancer la solution du problème, que de dire

avec M. Laurent (1) : « Le droit de propriété n'est limité que lorsqu'il est en conflit avec le droit égal d'un autre propriétaire. Il ne suffit donc pas qu'il cause un préjudice par l'exercice de son droit pour qu'il soit tenu de le réparer, il faut de plus qu'en exerçant son droit il ait lésé le droit de son voisin. S'il ne lèse pas le droit de son voisin, bien qu'il lui nuise, il n'est tenu à aucune réparation. »

Par contre, il nous paraît trop absolu de prétendre, comme le font MM. Aubry et Rau (2), que « le propriétaire d'un fonds ne peut y faire aucun travail, aucun ouvrage, de nature à porter une atteinte matérielle aux fonds voisins ». Si une telle règle devait être mise en pratique, elle aboutirait à anéantir presque complètement le droit de propriété, car il y a des dommages qui sont la suite nécessaire de l'exercice du droit de propriété et que les voisins doivent supporter entre eux. Tout dommage est, en effet, une atteinte matérielle plus ou moins caractérisée.

Si l'on en croit M. Proudhon (3), le voisin ne pourrait jamais obtenir de réparation quand il « n'éprouve que la privation d'un gain auquel il n'avait pas encore de droit acquis », parce que, dans ce cas, il n'y a pas de dommage causé injustement.

M. Demolombe (4) s'exprime à peu près dans les mêmes termes. « Ou l'entreprise qu'un propriétaire fait sur son fonds n'a pour résultat que de priver le

(1) Laurent : VI n° 136.

(2) Aubry et Rau : II § 194.

(3) Proudhon : *Traité du domaine de propriété* II n° 639.

(4) Demolombe : XII n° 646.

propriétaire du fonds voisin des avantages dont il avait joui jusqu'alors; ou elle a eu pour effet de lui causer un véritable dommage ». Dans le second cas seulement, il y a lieu de réparation.

Telle est aussi la façon de voir de MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau (1). « Il ne suffit pas, disent ces auteurs, d'une simple privation de jouissance causée au voisin, d'un préjudice quelconque, pour entraver l'exercice du droit de propriété. »

Comme on le voit, dans ce système, on oppose à la lésion du droit la privation de jouissance, c'est-à-dire la privation d'un gain auquel le voisin n'avait pas encore un droit acquis, ou bien la privation d'un simple avantage dont il avait joui jusqu'alors. M. Blondel, qui approuve cette distinction, la justifie de la façon suivante: « Selon nous, dit-il (2), la règle la moins incertaine est celle qui distingue entre la simple privation d'un avantage et la lésion d'un droit. Dans le premier cas il ne peut être question de dommages-intérêts, parce qu'il n'y a pas une véritable atteinte au droit de propriété; il y a simplement privation d'une sorte de plus-value purement occasionnelle, dont le propriétaire jouissait indirectement et qui ne forme pas l'un des éléments constitutifs du droit de propriété. Dans le second cas, au contraire, le droit de propriété est atteint lui-même dans une des conséquences régulières et pour ainsi dire inséparables de son existence. On comprend alors que le propriétaire ait le droit de se plaindre et de demander

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau : *Des biens* n° 217.

(2) Blondel : *note au Sirey* 1897. 1. 273.

la réparation du préjudice qui lui a été causé. »

Quelque habile que puisse apparaître cette distinction, nous ne pouvons l'accueillir pour notre compte. D'une part, en effet, les auteurs qui la proposent ne nous donnent aucun critérium permettant de l'établir en pratique, ils ne nous fournissent pas un moyen de discerner dans le droit de propriété ce qui est élément essentiel, partie intégrante, de ce qui n'est au contraire qu'élément accidentel. D'autre part, cette distinction ne correspond pas aux solutions de la jurisprudence. Prenons, par exemple, le cas classique des veines de sources coupées. Les tribunaux décident, comme nous le savons, qu'aucune indemnité n'est due. Si l'on applique la distinction proposée, c'est donc qu'il y a là simplement privation d'un avantage secondaire. Sans doute, on conçoit une propriété sans source ; mais ce n'est pas la question. Quand l'eau jaillit sur un fonds, la loi prend soin de déclarer expressément que le propriétaire du fonds est maître de la source (art. 644) ; celle-ci fait donc bien partie intégrante de la propriété. Supposons, au contraire, que l'on ouvre une usine, dont le roulement fait un bruit infernal, l'industriel sera responsable, déclare la jurisprudence. C'est donc que les voisins ont un droit acquis au repos. Nous en arrivons aux conséquences suivantes : un propriétaire n'a pas un droit acquis sur la source qui jaillit sur son fonds, et on peut la lui enlever ; mais il a un droit acquis à la tranquillité et on ne peut venir le troubler. De telles conséquences montrent bien que cette distinction est defectueuse.

Mais, d'après nous, cette imperfection est fatale

et l'on ne peut espérer une meilleure formule tant que l'on s'astreindra à vouloir ainsi décomposer le droit de propriété. Une semblable analyse nous paraît impossible. En effet, ce droit n'emporte pas des avantages qui soient délimités à l'avance, son étendue ne peut être fixée *a priori*, constituée qu'elle est avant tout par l'ensemble des usages et des mœurs (1). Chaque propriété est en quelque sorte solidaire de sa voisine, solidaire de sa situation et, par conséquent, des habitudes locales du quartier, de la ville, de la région, où elle se trouve placée. L'exercice qui s'y rapporte dépend, somme toute, au point de vue de son étendue ou de ses modalités, des usages particuliers, « qui en constituent l'ambiance économique et qui en fixent la discipline sociale » (2). On ne peut donc circonscrire l'étendue du droit de propriété que par rapport aux convenances exigées par le respect des propriétés voisines. Dès lors, pour déterminer le contenu du droit de propriété, on se trouve amené à substituer à l'examen d'une question de droit l'appréciation pure et simple d'une question de fait, et Jhering nous indique en termes aussi nets que possible le *critérium* qui devra nous guider. « La gêne, dit-il (3), est une notion très indéterminée, mais on peut la préciser au moyen du principe que *tout ce qui appartient à la vie ordinaire est permis*, et partant n'est

(1) Saleilles : *De l'obligation* 2^e éd. 1901 note 1 de la page 370. p. 372.

(2) Saleilles : *Rapport présenté à la première sous-commission de la révision du Code civil* (*loc. cit.* p. 333).

(3) Jhering : *Œuvres choisies Trad. de Meulenaere* II. p. 140

point considéré comme gênant. La gêne commence là où cette dernière mesure est dépassée... La question de gêne se réduit donc à savoir ce qui, dans la vie ordinaire, est nécessaire et habituel... Le principe c'est que la solution dépend de ce que la pratique de la vie a déjà décidé... En résumé, nul ne doit souffrir de la part de ses voisins des atteintes indirectes qui causent du dommage à la personne ou à la chose, ou qui gênent la personne en *excédant la mesure ordinaire de ce qui est supportable*.»

On le voit, la formule de Jhering est exactement la même que celle adoptée par la jurisprudence ; elle nous paraît d'ailleurs inattaquable, tant au point de vue pratique qu'au point de vue juridique.

Pratiquement elle a le grand mérite de faciliter la tâche du juge et de renseigner chacun sur ses droits et ses obligations, puisqu'il s'agit seulement de rechercher ce qui est d'usage entre voisins et si le propriétaire s'est conformé à cet usage (1).

Juridiquement cette formule est aussi bien fondée. En effet, celui, qui ne s'est pas contenté de faire ce que fait dans les mêmes circonstances de temps et de lieu la majorité des propriétaires, peut-il prétendre qu'il exerce son droit conformément à sa destination normale ? Et, faisant un usage anormal de sa propriété, il dépasse le contenu de son droit ; il est donc en faute et doit être déclaré responsable conformément à l'art. 1382. C'est qu'en effet, com-

(1) Appert : *Des droits du propriétaire vis-à-vis de ses voisins* Revue trimestrielle de droit civil 1906. p. 76) et *note au Sirey* 1905. 2. 41.

me le dit fort bien sur ce point M. Vanden Bossche (1), « si l'atteinte au droit du voisin provient d'un acte qui constitue l'exercice régulier de la propriété, l'adage romain : *Neminem laedit*... sera applicable. Mais, dès que le préjudice subi par le même voisin procédera d'un acte qui ne pourra être considéré comme un mode normal d'exploitation, la solution changera » (2).

De cette façon se trouvent justifiées toutes les solutions de la jurisprudence que nous avons examinées. En effet, n'est-il pas toujours plus ou moins exceptionnel d'exploiter une industrie, un théâtre, d'avoir une maison de tolérance, de garder une chasse regorgeant de gibier ? Dans tous ces cas, à part de très rares exceptions, une condamnation s'impose. Au contraire, celui qui, par des sondages ou des fouilles, cherche à faire jaillir une source sur son fonds, celui qui fait élever une construction sur son terrain, accomplit des actes qui sont conformes à la destination naturelle de la propriété et au mode normal d'exploitation du sol ; il ne peut, toute question d'intention malveillante mise à part, être condamné à réparer le préjudice qu'il a pu causer en agissant de la sorte.

(1) Vanden Bossche : *Des limitations imposées par les relations de voisinage à l'exercice du droit de propriété sur les immeubles*. La Flandre judiciaire 1901. p. 211. Nous tenons à adresser ici nos bien sincères remerciements à M. Vanden Bossche, professeur à l'Université de Gand, pour l'amabilité avec laquelle il a bien voulu nous procurer son très intéressant travail.

(2) *Adde* sur cette idée : Wilhems : *Essai sur la responsabilité* : Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence 1895. p. 211.

Comme on le voit, lorsqu'il s'agit de déterminer dans quels cas le propriétaire est responsable, nous en arrivons à la solution que propose M. Ripert. Nous aussi, nous disons que le propriétaire devra être condamné quand il a fait de son droit un exercice anormal. Mais, et c'est là où nous nous séparons, s'il doit en être ainsi, c'est parce qu'en faisant un usage anormal de son droit, il a commis une faute, et non pas, comme veut le faire admettre M. Ripert, parce que, tout en restant dans son droit, il a créé un risque, dont il bénéficie et dont il est juste qu'il supporte les conséquences dommageables pour autrui.

Vu :

Le Professeur, Président de la Thèse,
L. GUILLOUARD.

Vu :

Le Doyen de la Faculté,
EDMOND VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Université de Caen,
R. MONIEZ.



TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION	1

PREMIÈRE PARTIE

<i>Des restrictions au droit de propriété énumérées par le Code civil.</i>	11
CHAPITRE I ^{er} . — Restrictions ayant pour objet d'obliger le propriétaire à aliéner une partie de son terrain . . .	23
§ I ^{er} . — Vente forcée de la mitoyenneté	23
§ II. — Clôture forcée	45
(Art. 11 du règlement de 1751).	59
CHAPITRE II. — Restrictions ayant pour objet d'obliger le propriétaire à tolérer l'utilisation par son voisin d'une partie de son fonds	72
§ I ^{er} . — Obligation pour les fonds inférieurs de recevoir les eaux pluviales et les eaux de source découlant des fonds supérieurs.	72
§ II. — Passage forcé.	92
CHAPITRE III. — Restrictions ayant pour objet d'obliger le propriétaire à prendre certaines précautions vis-à-vis du fonds voisin	115
§ I ^{er} . — Des jours et des vues sur la propriété voisine.	115
§ II. — Des distances requises pour les plantations	131
(Art. 5 à 10 du règlement de 1751)	138
§ III. — Des distances et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions	151
(Art. 13 du règlement de 1751)	163

DEUXIÈME PARTIE

	Pages.
<i>Des restrictions au droit de propriété admises par la jurisprudence</i>	169
CHAPITRE I ^{er} . — Exposé du système de la jurisprudence	176
§ I ^{er} . — Circonstances constitutives d'une faute.	179
I. Violation des lois et règlements.	179
II. Défaut de précautions.	180
III. Intention malveillante	182
IV. Inconvénients intolérables	183
§ II. — Solutions pratiques	186
I. Dommages causés par un établissement industriel ou commercial	193
A. Bruits	196
B. Trépidations	196
C. Odeurs	197
D. Fumées, vapeurs, poussières.	198
E. Vue masquée	199
F. Danger d'incendie	201
II. Dommages causés par un théâtre, une école, un hôpital, etc.	202
III. Dommages causés par une maison de tolérance.	204
IV. Dommages causés par les animaux	206
§ III. — Sanction de la responsabilité	210
CHAPITRE II. — Critique du système de la jurisprudence	216
I. Responsabilité basée sur l'inexécution d'une obligation	222
A. Du quasi-contrat de voisinage	223
B. De l'obligation de voisinage.	225
II. Responsabilité basée sur le risque	230
III. Responsabilité basée sur la faute.	245

